Die Bedingungen der Strafbarkeit

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau
vorgelegt von

Herbert Mahrer
Referendar am Landgericht Breslau

1930

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen KG., Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Herr Professor Dr. Arthur Wegner

Gewidmet in Dankbarkeit

meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0176

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
1. Einleitung: Allgemeiner Aufbau der Strafgesetze und geschichtliche Entwicklung.	1
a. § 227.	3
b. § 210.	5
c. § 139.	6
d. § 154.	6
e. § 87.	7
f. §§ 239 und 240 KO.	8
g. § 113.	11
h. § 186.	12
i. § 4.	13
k. §§ 102/103.	15
2. Die Strafbarkeit der im Ausland begangenen Handlung § 4 Ziffer 3.	17
3. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit §§ 102, 103. .	22
4. Der Kriegsausbruch § 87 II.	26
5. Das begangene Hauptdelikt § 139.	29
6. Die nachfolgende Verurteilung des Angeklagten § 154.	
7. Der stattgefundene Zweikampf § 210.	33
8. Der Eintritt des Todes oder der schweren Körperverletzung § 227.	41
9. Die rechtmäßige Ausübung der Amtsgewalt § 113. .	43
10. Die Erweislichkeit der Behauptung § 186. . . .	45
11. Die Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung §§ 239 240 Konkursordnung.	51

Literaturverzeichnis.

Abegg: Ueber die Strafbarkeit der im Ausland begangenen Verbrechen. Landshut, 1819.
Baltin: Das Rechtsgut der Ehre und sein Schutz gegen üble Nachrede. Erlangen, 1917.
v. Bar: Internationales Privat- und Strafrecht. Stuttgart 1892.
— Gesetz und Schuld im Strafrecht.
Beling: Lehre vom Verbrechen. Tübingen, 1906.
— Grundzüge des Strafrechts. Tübingen 1905.
— Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede. 1909.
Beutner: Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt. Würzburg 1916.
Binding: Handbuch des Strafrechts „H" Bd. 1. Leipzig 1885.
— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts „L" bes. Teil, Bd. 1, 2. Leipzig 1902, 04, 05.
— Die Normen und ihre Uebertretung 1. und 2. Auflage „N". Leipzig 1872/77. 1890. 1914/16.
— Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen Bd. 1 und 2. München und Leipzig 1915.
Blume: Tatbestandskomplemente. Breslau 1906.
Bold: Die Anzeigepflicht gem. § 139 StGB. Heidelberg 1907.
Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte. 1887.
v. Calker: Strafrecht 1927.
Esslinger: Das Schuldmoment bei der üblen Nachrede. Würzburg 1905.
Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts. Gießen 1847.
— Anti-Hobbes, oder über die Grenze der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn. Erfurt 1798.
— Lehrbuch. 1818.
Finger: Tatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit. Goltd. Archiv Bd. 50.
Flesch: Zur Lehre von der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt. Tübingen 1906.

Frank: Das Strarfgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1926.
Francke: Goltd. Arch. 20/34.
Frisch: Die Eidesdelikte im Strafgesetzbuch.
Goltdammer: Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches; zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert. Berlin 1852.
Gressly: Das Zweikampfdelikt. Bern 1896.
Hahn: Materialien zur Konkursordnung.
Haunss: Die Unterlassung der Anzeige. Heidelberg 1907.
Heimberger: Die Unterlassung der Anzeige drohender Verbechen. Vergl. Darstellung Bes. Teil Bd. II Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung. Berlin 1906.
Helferich: Die Bedeutung von Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung in den Strafbest. der KO. Greifswald 1920.
Hess: Die Anzeigepflicht im Strafrecht. 1893.
Hoiningen: Beiträge zur geschichtlichen Entwicklung des strafbaren Bankrotts in Deutschland. 1878.
Höinghaus: Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund mit Motiven. 1870.
Hälschner: Das preußische Strafrecht. 1855.
Jäger: Kommentar zur Konkursordnung. 5. Auflage Bd. II, S. 570 ff.
Jarcke: Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 1827.
Kleinfeller: Zur Lehre vom strafbaren Bankrott Ger. S. 43/163 ff.
— 4. Auflage des Petersenschen Kommentars zurKO. Lahr 1900.
Kleinschrod: Neues Archiv des Criminalrechts. 1817 ff.
Kohler: Tatbestandsmerkmal und Strafbarkeitsbedingung. Goltd. 49/1 ff.
Köhler: Deutsches Strafrecht. Leipzig 1917.
Kriegsmann: Mittäterschaft und Raufhandel seit Feuerbach. Breslau 1907. Straf. r. Abhandlg. v. Lil. Heft 80—82.
Land: Strafrechtliche Abhandlung. Bd. 53.
v. Liszt: Meineid und falsches Zeugnis, 1876.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1927.
Mandel: Die sogenannten äußeren Bedingungen der Strafbarkeit. Erlangen 1922.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrecht. Leipz. 1922.
Neumayer: Historische und dogmatische Darstellung des strafbaren Bankrotts. München 1891.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1927.
Pracht: Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten. Leipzig 1907.
Rahn: Die völkerrechtliche Verbürgung der Gegenseitigkeit. Greifswald 1902.
Reichert: Der strafbare Bankrott im Ger.S. Bd. 48.
Reuter: Der Raufhandel. 1899.
Rittler: Der Grundsatz der Schuldhaftung und die objektive Bedingung der Strafbarkeit (Oesterr. Zeitschr. für Strafrecht Bd. 8 S. 323 ff.)
Salchow: Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts. 1823.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts. 1921.
Schrader: Die Strafbarkeit der im Ausland begangenen Handlungen. Erlangen 1912.
Teutsche Reichsabschiede Bd. IV.
Ullmann: Völkerrecht.
Wach: vergl. Darstellung Allg. Teil Bd. 6 S. 46 ff.
Zweigert: Die von Zweigert bearbeitete in Olshausens Kommentar.

RG.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
JW.: Juristische Wochenschrift.
Ger.S.: Gerichtssaal.
Goltd.: Archiv für Strafrecht.

Einleitung.

Vergegenwärtigen wir uns den Aufbau eines Strafgesetzes, so ergibt sich in der Regel als Grundform folgendes Bild: Wer die Tat X vollbringt, wird bestraft. Erste Voraussetzung für die Strafe ist somit das Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes; an seinen Eintritt erst knüpft sich als Rechtsfolge die Strafnorm, was in dem Satz: nulla poena sine lege, keine Strafe ohne gesetzliche Norm seinen Ausdruck findet. — Als Verbrechenstat kommt nur eine menschliche Handlung in Betracht, d. h. ein willkürliches Verhalten des Täters zur Außenwelt, das sowohl positives Tun wie Unterlassen sein kann.[1] — Hat das Verhalten des Täters eine Veränderung in der Außenwelt herbeigeführt, so sprechen wir von einem Erfolg. Dieser Erfolg steht, soweit er strafrechtlich in Betracht kommt, in den Tatbeständen, deren Begriff wir bereits oben kurz erwähnt haben. Es ist eindeutig, daß zwischen dem Handeln des Täters und dem Erfolg ein Zusammenhang bestehen muß: Der Täter muß den Erfolg verursacht haben; es kann also nur die Tat in Betracht kommen, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne daß gleichzeitig auch der Erfolg entfallen würde.[2] Weiterhin ist erforderlich, daß die Handlung des Täters rechtswidrig ist; die an und für sich tatbestandsmäßige strafbare Handlung ist nämlich dann kein Delikt, wenn ein Rechtfertigungsgrund ihr entgegensteht; hierin gehören u. a. die Notwehr und der Notstand des Bürgerlichen Gesetzbuches Zu diesen drei Begriffen der Tatbestandsmäßigkeit, Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit muß als vierter die Schuld treten. Der Täter wird nur dann bestraft, wenn er die strafrechtlich bedeutungsvolle Handlung schuldhaft begeht, wenn ein subjektiver Zusammenhang zwischen dem Täter und der Tat vorliegt; dem Täter muß sein Verbrechen zu-

1) Liszt § 26.
2) Liszt § 29.

zurechnen sein. Diese innere Gesinnung des Menschen stellt sich entweder als Vorsatz oder Fahrlässigkeit dar.

Somit ist in großen Zügen der Aufbau unserer Strafgesetze dargelegt. Wohin gehören die sogenannten „Bedingungen der Strafbarkeit"? Allgemein betrachtet versteht man unter diesem Begriff ein Moment, das außerhalb des eigentlichen Tatbestandes liegt und die Strafbarkeit der Handlung erst erzeugt.[3] Vergleichen wir nun die einzelnen Gesetzesstellen, so müssen wir feststellen, daß unter dem Begriff der Bedingungen der Strafbarkeit eine Reihe durchaus verschiedener Fälle vereint ist. Nehmen wir z. B. den § 210 und den § 186. Im § 210 handelt es sich — kurz vorausgeschickt — um die im Gesetz positiv nicht geregelte Frage, ob der zum Zweikampf Anreizende auch dann strafbar ist, wenn es auch ohne die Anreizung zum Zweikampf gekommen wäre, ob also selbst bei fehlendem Kausalzusammenhang Strafe eintreten soll. Nicht anders in den §§ 87 II, 139, 154 und 227 StGB. sowie in den §§ 239, 240 KO. Im § 186 dagegen ist der gute Glaube des Verbreiters einer ehrenrührigen Tatsache Gegenstand der Meinungsverschiedenheit, ebenso wie im § 113 der gute Glaube des Widerstandleistenden an die Unrechtmäßigkeit der Amtsausübung. Während also in der ersten Gruppe eine Frage des rein objektiven Tatbestandes zu entscheiden ist, steht in den §§ 113 und 186 ein subjektives Problem zur Erörterung. In den §§ 4, 102 und 103 wird schließlich zu untersuchen sein, welche Bedeutung den außerdeutschen Strafgesetzen für die im Ausland begangene und im Inland zu strafende Tat beizulegen ist und welchen Einfluß die Verbürgung der Gegenseitigkeit bei gewissen dem Hochverrat ähnlichen Delikten hat. Diese beiden letzten Momente haben, wie deutlich sichtbar ist gleichfalls, wenn auch nicht ausschließlich, eine Frage des subjektiven Tatbestandes zu erörtern. Aus dieser kleinen Zusammenstellung ergibt sich bereits, daß wir keine einheitliche Entwicklungslinie der Bedingungen der Strafbarkeit werden verfolgen können.

Der Begriff der Bedingung der Strafbarkeit stammt erst aus der neueren Zeit. Zum ersten Mal prägt ihn Binding in seinen Normen;[4] es heißt hier: „Die Strafbarkeit einer Hand-

3) Frank, Vbm. zum 4. Absch. (vor § 51 VI).
4) Normen 1872 I. S. 130.

lung hängt gelegentlich nicht nur von ihrer Normwidrigkeit ab, sondern ist von einer zweiten außerhalb der verbotenen Handlung liegnden Voraussetzung mit bedingt"; diese Fälle sind die §§ 4, 102, 103, 170, 172, 210, 224, 227 und 288.

Unabhängig von Binding stellte zu gleicher Zeit Francke in Goltd.-Archiv Bd. 20 S. 34 ff. einen Begriff der Bedingung der Strafbarkeit auf, der mit Ausnahme der §§ 80 ff und des § 146 in allen Strafgesetzen Bedingungen der Strafbarkeit für vorliegend erachtet; nur in diesen beiden eben genannten Fällen, nämlich den §§ 80 ff und 146, sei die Handlung des Täters die einzige strafbegründende Tatsache; sonst müßten noch andere Tatsachen hinzukommen.

§ 227..

Trotz der späten Prägung des Begriffes ist die Frage der Bedingung der Strafbarkeit älteren Datums; besonders lehrreich ist in diesem Sinne die Entwicklung des § 227. Ulpian sagt in D 9, 2, 11, 2: „Si quidem apparet, cuius ictu perieret, ille quasi occideret tenetur; quod si non apparet, omnes quasi occiderent teneri Julianus ait." Läßt sich also nachweisen, wessen Handlungen für den Erfolg kausal waren, so bleiben die übrigen straffrei. Wird andererseits nicht festgestellt, wer der Täter war, so haften alle: „si servus a pluribus ita vulneratus est ut non apparet, cuius ictu, omnes teneri (D 9, 2, 51)." — Den gleichen Satz finden wir in der Wormser Reformation;[5] hiernach sind alle, die geschlagen haben, mit dem Tode zu bestrafen, wenn man nicht weiß, wer den Entleibten getötet hat. — Auch die PGO. hat sich ausführlich mit der Frage befaßt.[6] Der erste Satz des Artikels enthält die Strafnorm für die vorsätzliche Tötung im Komplott, interessiert uns hier also nicht. Der zweite Satz behandelt den Raufhandel; ist der Täter des Erfolges bekannt, so ist nur er zu bestrafen. Liegen (Satz 3) mehrere tötliche Verletzungen vor, und ist nicht nachweisbar, welche von ihnen den Tod verursacht hat, so sind alle schon ihres Tötungsvorsatzes wegen zu bestrafen. Der vierte Satz endlich geht von e i n e r tötlichen Verletzung aus, deren Täter unbekannt is · hier wird die Bestrafung dem Rat der Sachverständigen übe lassen. — Wir sehen also, daß das Kennzeichen aller

5 siehe Kriegsmann S. 113 Anm.
6) Art. 148.

bisher erörterten Bestimmungen darin liegt, daß der Begriff des selbständigen Raufhandelsdelikts unbekannt ist und andererseits eine engste Verknüpfung mit den Tötungsdelikten vorgenommen ist. Diese Anschauung ändert sich auch nicht in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts. Einige Beispiele sollen genügen. Bayern steht in den Artikeln 153 ff. auf dem Boden der PGO. Sachsen Art. 124, 136 bestraft mit einem Höchstmaß von 10 Jahren Zuchthaus „wenn der Urheber der tötlichen Verletzung nicht zu ermitteln ist". Desgleichen Württemberg, allerdings mit einer im Verhältnis zu dem vorigen Gesetz niedrigen Strafe: Kreisgefängnis bis zu 2 Jahren. (Art. 248,5).

Zum ersten Mal ist das Raufhandelsdelikt im Braunschweigischen Gesetz von 1840 normiert; § 153 Abs. 2 bestimmt: „Ist der Getötete in einem Raufhandel erschlagen, so sollen diejenigen, die an der Schlägerei gegen ihn bewaffnet teilgenommen haben, schon allein um deswillen Gefängnis nicht unter einem Jahr, die übrigen Teilnehmer Gefängnis von 3 Monaten bis zu einem Jahr erleiden." — Das braunschweigische Gesetz also, das als erstes den Raufhandel kennt, vermeidet es auf die Frage des Kausalzusammenhangs einzugehen; jede Erörterung hierüber schneiden die klaren Worte des Gesetzes: „schon allein um der Beteiligung willen" ab. — Der Entwurf von 1843 zum Pr.StGB. bestimmte, daß nur diejenigen Teilnehmer strafbar seien, denen die Tat nach den obwaltenden Umständen beigemessen werden könne. (Goltd. Mater II S. 424.) Darauf setzte der Entwurf von 1845 die Strafbarkeit aller derer fest, denen die Urheberschaft an der Tötung nicht nachgewiesen werden könne. Hiermit brachte der Entwurf zum Ausdruck, daß der spätere § 195 eine seiner eigentlichen Natur nach präventiv angedrohte Polizeistrafe darstellen sollte. Vergl. RG. 9/380. Während also ursprünglich der Gedanke herrschte, wegen der Gefährlichkeit des Raufhandels und der Schwierigkeit der Beweisführung eine Vermutung für die Täterschaft aller Beteiligten zu schaffen, wurde dieser Gesichtspunkt im Laufe der Beratung aufgegeben und mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit des Raufhandels eine gleichsam polizeiliche Strafe verhängt. — Es folgte nunmehr nur noch eine formelle, nicht logische Aenderung des Entwurfs von 1843. Da nämlich diese Bestimmung 2 Gruppen anscheinend gegenüberstellte, a) die

Verursacher, b) die sonstigen Teilhaber, andererseits es aber Fälle gibt, in denen die Gruppe a nicht vorkommt, schuf das Pr. StGB. (§ 195) der Deutlichkeit halber die Bestimmung: „schon wegen der Teilnahme".

§ 210.

Die Stellungen, die die Gesetzgeber zu der Anreizung zum Zweikampf eingenommen haben, sind nicht einheitlich. Voraus zu schicken ist, daß das Duell weder in den alten deutschen Reichsgesetzen noch in der Carolina erwähnt ist. In der Folgezeit finden wir, daß die Anreizung zum Duell durchwegs unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe behandelt wird. So das Reichsgutachten von 1668, das diejenigen bestraft, die sich „des Werks (des Zweikampfes nämlich) teilhaftig machen", so das ALR. II 20 §§ 667—690.[7] Auch fernerhin finden wir in den neueren deutschen Strafgesetzbüchern die Anreizung gewöhnlich als Teilnahme oder Anstiftung behandelt. (z. B. Württemberg Art. 203, Hannover Art. 176 entweder Gehilfe oder Anstifter.) Hinsichtlich des Gehilfen bezw. Anstifters gelten dann die allgemeinen Grundsätze.[8] — Um so beachtenswerter ist daher das sächsische Strafgesetzbuch von 1838, das als erstes in der Anreizung ein delictum sui generis sieht (Art. 210). Aus der Stellung und Fassung der Bestimmung ergibt sich, daß die Strafe ohne Rücksicht darauf, ob die Anreizung auf den Zweikampf von Einfluß war, zu erhängen ist. Im Art. 255 des sächsischen Strafgesetzbuches von 1855 heißt es ausdrücklich, daß Bestrafung auch dann eintreten soll, wenn der Zweikampf nicht von sich geht, oder die Anreizung erfolglos war. Das Pr.StGB. bringt dann neu die Bestimmung der Strafbarkeit „wenn der Zweikampf stattgefunden hat". Diese Bestimmung ist dann in das RStGB. übernommen worden. Damit stehen die beiden letztgenannten Gesetze weder auf dem Boden der bisherigen Bestimmungen, die die Anreizung als Beihilfe ansahen, noch entscheiden sie sich eindeutig für den Standpunkt des sächsischen Gesetzes, das durch den klaren Wortlaut seiner Bestimmung keinen Zweifel über die Frage des Kausalzusammenhanges aufkommen ließ.

7) Vergl. Greßly S. 17.
8) Vergl. Salchow § 506.

§ 139.

Aehnlich ist die Sachlage im Fall des § 139. Schon seit Alters her besteht die Pflicht des Bürgers, bevorstehende ihm bekannte Vergehen anzuzeigen.[9] So besteht im ALR. (§ 80 ff.) eine Verpflichtung zur Anzeige, nachdem auch die GPO. im Art. 177 den Fall „der böslichen Nichtverhinderung" unter Strafe gestellt hat.[10] Diese Begünstigung wurde durchweg als negative Beihilfe behandelt.[11] In diesem Sinne spricht z. B. das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 im Art. 78 von dem dritten Grad der Gehilfen. Das PrStGB. beschränkt im § 39 diese Pflicht zur Anzeige auf die Anzeige b e s t i m m t e r Verbrechen, behandelt aber wie die sonstigen partikulären Gesetzbücher die Unterlassung der Anzeige bei den Vorschriften über die Teilnahme. Erst bei der Beratung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund wurde der jetzige § 139 unter die Verbrechen und Vergehen gegen die öffentliche Ordnung aufgenommen.[12]

§ 154.

Die geschichtliche Entwicklung kann nicht zur Aufklärung der Streitfrage, in welchem Sinn das Merkmal der Verurteilung aufzufassen ist, beitragen. Zwar wird das falsche Zeugnis bereits in ältester Zeit in Rom bestraft, auch die lex Sempronia und die lex Cornelia de sicariis[13] verhängen schwere Strafen wegen des in der Absicht abgelegten falschen Zeugnisses, einen Unschuldigen zu kapitaler Strafe verurteilen zu lassen; aber der tatsächliche Eintritt des Erfolges ist nach der positiven Fassung der Gesetze nicht nötig. Das alte deutsche Recht, das Meineid und falsches Zeugnis nicht trennt, behandelt gleichfalls nicht die Frage. — Nach der ausdrücklichen Bestimmung der P.G.O. (Art. 68) steht der erfolglose Versuch dem Falle gleich, wenn die Verurteilung infolge des falschen Zeugnisses wirklich eintritt: „item wo Zeugen erfunden vnd uberwunden werden, die durch falsche bosshafftige zewgtschaft yemand zu peynlicher Straff vnschuldiglichen bringen wöllen oder zu bringen unterstünden, die haben die Straff verwurckt, in welche sie den vnschuldigen haben bezeugen wöl-

9) Hälschner, S. 567.
10) Jarcke, S. 232, 1. Bd.
11) Feuerbach, 1818 Lehrbuch § 48.
12) Haunß, S. 11.
13) v. Liszt, S. 29. „Meineid und falsches Zeugnis".

len." — Beachtenswert ist die Partikulargesetzgebung des 19. Jahrhunderts. Das bayerische StGB. bestraft im Art. 292 diejenigen, auf deren falsches meineidiges Zeugnis ein Unschuldiger mit dem Tode bestraft wurde, fordert also ursächlichen Zusammenhang.[14] Das badische StGB. verhängt nach § 489 die Todesstrafe, wenn unschuldig jemand zum Tode verurteilt und hingerichtet wurde, weil zwei Zeugen nach Verabredung falsch schworen, um eine Verurteilung herbeizuführen, bestraft also ebenfalls nur beim Vorliegen des Kausalzusammenhanges. Das Gleiche gilt, um einige Beispiele anzuführen, vom Hannoverschen Gesetzbuch Art. 211 und vom Oldenburgischen Gesetz von 1845, Art. 296 (infolge der meineidigen Aussage).[15] Das PrStGB. bringt zum ersten Mal im § 126 insofern eine Aenderung, als es sich mit den Worten begnügt: „und ist der Angeschuldigte zur Todesstrafe .... verurteilt, so tritt erhöhte Strafe ein", fordert also positiv keinen Kausalzusammenhang.

Um so wichtiger sind daher die Ausführungen Goltdammers (Materialien II, 244 ff.) zu der Entstehungsgeschichte dieses Delikts: „Die Immediatkommission von 1843 und der Staatsrat hatten im ersten Entwurf bestimmt, daß die Meineidige zu derselben Strafe zu verurteilen sei, zu welcher der Angeschuldigte infolge des falschen Zeugnisses verurteilt worden. ‚Aber man überzeugte sich später', heißt es wörtlich, ‚von der Unausführbarkeit dieses Systems, teils wegen des individuellen Charakters einzelner Strafarten (Amtsentsetzung usw.), teils wegen der Unmöglichkeit der Beweisführung über die Ursache der Bestrafung des Angeschuldigten in allen den Fällen, in welchen durch das öffentliche Verfahren die positive Beweistheorie verlassen worden sei.' Es ist dann ohne Rücksicht auf die Nachweisbarkeit des Kausalzusammenhanges im Entwurf von 1843 eine bestimmte, aber erhöhte Strafe festgesetzt worden für alle Fälle des Meineids in Untersuchungssachen, in welchen der Angeschuldigte verurteilt und gegen ihn Zeugnis abgelegt ist."

§ 87 II.

Die Bestimmung einer erhöhten Strafe (Todesstrafe) im Falle des Kriegsausbruchs ist neueren Datums. Zwar bestraft bereits das ALR. im § 134 das Aufwiegeln fremder Mächte

14) Feuerbach, § 418 Note V.
15) Vergl. § 3 der VOV. 28. 6. und 5. 7. 1845 betr. Aenderung der Art. 274 ff.

gegen den Staat mit der Schwertstrafe, fordert jedoch nicht den Ausbruch des Krieges. In Anlehnung an das ALR. ist nach der partikulären Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts gleichfalls schon die an die fremde Macht gerichtete Aufforderung zum Kriege strafbar, ohne daß des Ausbruchs des Krieges erwähnt wird. (So Hannover 1840 Art. 123 I, Württemberg 1839 Art. 145 Ziff. 1, Baden 1845 § 597, Thüringen 1850 Art. 83.) Es finden sich aber auch gesetzliche Bestimmungen, die den Ausbruch des Krieges zum Tatbestandsmerkmal machen. Hierin gehört vor allem Bayern 1813, an dessen Art. 300 II, 2 sich Hessen 1841 im Art. 136, 1 a, Oldenburg 1814 im Art. 305 II, 2 und Nassau 1849 im Art. 135, 1 a anschließen. Strafbar ist nach diesen Gesetzen die ausdrückliche Aufforderung eines Untertanen an den fremden Staat zu einem wider den Heimatsstaat ausgebrochenen Krieg. Das Pr.St.G.B. setzt als erstes eine erhöhte Strafe im § 67 fest, „falls der Krieg wirklich ausgebrochen ist." Hierzu bemerken die Materialien (Goltd. S. 57), daß keineswegs der Nachweis einer förmlichen intellektuellen Urheberschaft gefordert werden dürfe, da dieser Nachweis unmöglich sei. Es genüge bereits die Tatsache des Kriegsausbruchs. Sei aber die Möglichkeit, daß die strafbare Verbindung den Krieg mit dem Ausland hervorgerufen habe, undenkbar, so komme eine Bestrafung nicht in Betracht.

§§ 239, 240 K. O.

Wenn wir die Entwicklung des Bankrotts im römischen und deutschen Recht mit einander vergleichen, so fällt uns zunächst auf, daß das römische Recht keinen strafbaren Bankrott im heutigen Sinne kennt. Denn wenn auch die cessio bonorum (eingeführt 737 n.) gegenüber der missio in bona debitoris (seit 643 n.) nur dem schuldlosen debitor gewährt wurde,[16] so kann man doch die mit der missio verknüpften Nachteile (z. B. Schuldhaft) nicht gerade als Strafen im technischen Sinne bezeichnen. Das Fehlen der Strafbestimmungen erklärt sich aus der Anschauung, daß vor allem der Gläubiger entschädigt werden soll; ein weiter gehendes Staatsinteresse ist noch nicht vorhanden.[17]

Im kanonischen Recht werden als Strafen Exkommunikation und Interdikt verhängt.[18] Ausgangspunkt für die An-

16) Neumeyer, S. 5.
17) Neumeyer, S. 14.
18) Neumeyer, S. 20.

drohung dieser sehr empfindlichen Zwangsmittel der Kirche ist die Anschauung, daß jede Nichtzahlung einer Schuld rechtliche, hier strafrechtliche Würdigung. Der älteste Bann-Sünde ist, ohne Rücksicht auf die Frage der Verschuldung. — Im starken Gegensatz zum römischen Recht steht die deutsch-rechtliche Auffassung des Bankerotts: Dort privatkrott ist eine Abart der Unterschlagung, des dieblichen Behaltens. Während aber die Unterschlagung voraussetzt, daß die Sache selbst zurückerstattet werden soll, hat der Tatbestand dieses Bankrotts die böswillig begangene Hinterziehung einer Sache zum Gegenstand, die zwar juristisch und wirtschaftlich Eigentum desjenigen ist, der die Sache an den Bankrotteur gegeben hat, aber mit der Verabredung, nur ihren Geldwert zu erhalten. Dazu muß treten die Zahlungseinstellung.[19] Während so also der Bankrott ursprünglich die Schädigung eines juristisch fremden Vermögens im Auge hat, ist er bereits im 13. Jahrhundert an einem bestimmten fremden Vermögensstück möglich. Hierhin gehört also der Kaufmann, der eine Ware unter Eigentumserwerb gekauft hat und mit dieser — unbezahlten — Ware flüchtig wird. — Nunmehr bildete sich in den folgenden Jahrhunderten der eigentliche Tatbestand des Bankrotts, wie wir ihn in den genwärtigen Strafbestimmungen zu lesen gewohnt sind. Strafbar ist jetzt nicht nur die Unterschlagung des bestimmten wirtschaftlich fremden, aber juristisch eigenen Vermögensstücks, sondern die Beiseiteschaffung irgendeines Vermögenswertes und die dadurch verursachte Verletzung der Gläubiger in ihrem Recht auf Befriedigung aus dem Gesamtvermögen des Bankrotteurs. — Für die betrügerische Absicht werden vielfach Vermutungen aufgestellt. Als solche galten Unregelmäßigkeiten bei der Buchführung und Flucht des Schuldners.[20] Es wurde angenommen, daß der Schuldner, der die Bücher unordentlich führte, dies mit gutem Grunde tat. Das Gleiche galt von der Flucht. Baldus bemerkt hierzu: „Fuga non punitur alicui ut maleficium, sed ut suspectio."[21] Mit vereinzelten Ausnahmefällen wurde der Gegenbeweis gegen diese Vermutung zugelassen. — Die Augsburger Reichspolizeiordnung von 1548 (Titel XXII § 1) kennt

19) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 1887, S. 183. und Neumeyer, S. 24/25.
20) Neumeyer, S. 35.
Baldus VII V. cons. 382 § 5.

den einfachen wie den betrügerischen Bankrott. Denn dieses Gesetz spricht vom Geldentleihen „gefährlicher und betrieglicher Weiß im Schein Trauens und Glaubens" sowie vom „Abnehmen und in Verderben kommen mit übermäßigem Pracht, unordentlichen Leben." Ausgenommen wird aber ausdrücklich, das „Bankrot machen auß kündlichem zugestandenem Unfall." — Auch der Reichsschluß von 1670/71 (Teutsche Reichsabschiede Bd. IV. S. 78) erwähnt diejenigen, „die aus kündlichen und unversehentlich zugestandenen Zufällen oder Schaden in Verderben oder Ausstand kommen," und darauf fliehen, und betont, „daß diese bey solcher Beschaffenheit zu entweichen nicht Ursach haben." — In der Folgezeit beschäftigen sich die Gesetze sowohl mit dem betrügerischen Schuldenmachen wie mit der mutwilligen Kreditaufnahme, in der ein fahrlässiges Delikt erblickt wird (z. B. ALR. § 1466). Was die uns besonders interessierende Frage des Kausalzusammenhangs angeht, so verdient hervorgehoben zu werden, daß bei leichtsinnigem Lebenswandel und Geschäftsführung durchweg der Kausalzusammenhang zwischen dieser Bankrotthandlung und der Zahlungseinstellung gefordert wird. So sind nach der Frankfurter Reformation von 1587 II 27,8 strafbar die „Schuldleute, die d u r c h übermäßigen Pracht, unordentlich Wesen und Leben in Abnehmen und Verderben kommen."[22] Ebenso Hansa-Rezeß von 1620: „Der Schuldner gerahte in Verderb d u r c h Unfleiß, Pracht, Prassen und sonsten unordentlich Wesen und Leben." (Vergleiche ferner die Literatur bei Neumeyer S. 87.) Auch die Unterlassung der Buchführung wird als Grund der Zahlungsunfähigkeit genannt. So macht sich nach dem Braunschweiger Edikt von 1726 § 9 der Schuldner strafbar, der „d u r c h Versäumung der Bilanzziehung in Jahresfrist oder sonst in der gehörigen Zeit" insolvent geworden ist. — Hierzu gehört auch ALR. § 1468: „Ein Kaufmann, der entweder gar keine ordentlichen Bücher führt, oder die Balance seines Vermögens, wenigstens alljährlich einmal zu ziehen unterläßt, und sich d a d u r c h in Unwissenheit über die Lage seiner Umstände erhält, wird bei ausbrechendem Zahlungsunvermögen als ein fahrlässiger Bankeruttierer bestraft." Auch die partikuläre Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts spricht vielfach von einem Kausalzusammenhang (vgl. hierzu Sachsen

22) Höiningen, S. 59.

1841 Art. 256, Württemberg 1839 Art. 363 und Braunschweig 1840 § 234, 235.). — Die geltenden Bestimmungen der Konkursordnung sind dem Preußischen Strafgesetzbuch entnommen, das sich seinerseits eng an das französische Recht (Code de commerce, Art. 586—599) anschließt.

§ 113.

Die geschichtliche Entwicklung der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung und des Widerstandsrechts gegen die Staatsgewalt greifen bis ins Altertum zurück. Bereits im Corpus juris finden wir (D 47, 10, 7, 8 de iniuriis): „Atrocem autem iniuriam aut persona aut tempore aut re ipsa fieri Labeo ait. Persona atrocior iniuria fit, ut cum magistratui, cum parenti patrono fiat." Ein besonderes Delikt des Widerstandes war also den Römern unbekannt. — Auch der Sachsenspiegel behandelt bereits die Frage;[23] es heißt hier: „Die man mut ok wol sine koninge und sine richtere unrechtes widerstan." Nach der 15 C d jure fisci XI, 1 darf gegen Beamte Widerstand geleistet werden, sofern sie unberechtigt eine Vermögensbeeinträchtigung vornehmen.[24] — Die ältere Literatur[25] und Gesetzgebung macht also bereits einen scharfen Unterschied zwischen den berechtigten und unrechtmäßig handelnden Beamten, erörtert jedoch nicht die Frage des guten Glaubens an die Unrechtmäßigkeit. — Allerdings wird auch — hauptsächlich in der Theorie — die Ansicht vertreten, daß der Gehorsam unbedingt sein müsse. Der englische Philosoph Hobbes, der deutsche Denker Kant, der bekannte Naturrechtler Grotius (jedoch mit einigen Ausnahmen) gehören zu den Verteidigern dieser Meinung. Andererseits geben ein Widerstandsrecht Rousseau in seinem Contrat social (1762), Feuerbach in seiner Monographie: „Anti — Hobbes, oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn". (1798): Der Regent übernehme Verbindlichkeiten; verletze er sie, und leiste das Volk Widerstand, so werde nicht der Regent gezwungen, da er durch die Verletzung seiner Verbindlichkeit aufhöre, insoweit Regent zu sein. — Gegen das Widerstandsrecht macht u. a. Gönner geltend, daß zu Beschwerden gegen

23) Homeyer, S. 374.
24) Flesch, S. 25.
25) Flesch, S. 16.

die Obrigkeit Behörden mit Instanzen angeordnet seien.[26] — Die herrschende Meinung erkannte jedoch ein Widerstandsrecht an, teils auf Grund der Notwehr und teils beim Vorliegen einer besonderen Gefahr „für Leib und Leben" sowie „beim drohenden Eintritt eines unersetzlichen Nachteils".[27] — Während das ALR. im § 166 II 20 von einem Widerstand gegen einen Beamten „seiner Obrigkeit" spricht, ist im Pr.St.G.B. § 89 nur vom Widerstand „gegen einen Beamten" die Rede. Man wollte damit zum Ausdruck bringen, daß der Widerstand gegen einen Beamten, der seine Kompetenz überschreitet, strafbar sein soll.[28] Andererseits herrschte jedoch Einigkeit darüber, daß bei einem Exzeß der Amtshandlung (z. B. Gerichtsvollzieher ohne Auftrag) die Amtshandlung nicht mehr als Amtshandlung angesehen werden könne und Notwehr zulässig sei.

Was nunmehr die nähere Vorgeschichte des § 113 anlangt, so ist Folgendes bemerkenswert. In der zweiten Lesung des § 111 des Entwurfs stellte Abgeordneter Fries den Antrag, eine Bestimmung zu schaffen, daß die Obrigkeit dann gegen den Widerstand zu schützen sei, wenn sie ihre Tätigkeit rechtmäßig vornehme. Planck wünschte eine Erweiterung in der Hinsicht, daß die Obrigkeit nur innerhalb ihrer allgemeinen Zuständigkeit handeln müsse. Dieser Antrag Plancks drang durch. Bei der dritten Lesung beantragte Lasker Wiedereinsetzung der Worte: „In der rechtmäßigen Ausübung". Leitender Gedanke hierfür war, daß es dem Privatmann verstattet sein sollte zu prüfen, ob den gesetzlichen Vorschriften genügt sei. Hieran schloß sich keine Debatte. Aus diesen Vorgängen folgert das Reichsgericht, daß nach den Ausführungen von Fries und Planck ein Schutz bedingungslos dann einzutreten habe, wenn das Gesetz von dem Beamten nicht verletzt sei; das Bewußtsein des Täters spiele dabei keine Rolle.[29]

§ 186.

Im § 186 des Pr.St.G.B. ist das Verbreiten verleumderischer unwahrer Tatsachen unter Strafe gestellt. Trotz der Fassung des Gesetzes, die die Unwahrheit der Tatsachen als

26) Gönner, S. 52.
27) Flesch, S. 29.
28) Goltd. Materialien, S. 121 ff. (Bd. II).
29) Flesch, S. 85. RG. 2/423, 3/17.
30) Höinghaus, 1870 zu § 186.

Tatbestandsmerkmal erscheinen läßt, wurde das Bewußtsein der Unwahrheit nicht gefordert; denn die Absicht des Gesetzgebers war, die Strafbarkeit der Verleumdung nur durch die erweisliche Wahrheit der Tatsachen auszuschließen[30] (Hälschner, II. Teil § 44 Anm.) Die jetzige Gesetzesformulierung der §§ 186 und 187 stammt aus dem Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund (§ 186—187). Noch nach der Regierungsvorlage zu diesem Gesetzbuch fehlte der jetzige § 187; mit dem § 186 des Entwurfs sollte ein enger Anschluß an den § 156 des Pr.St.G.B. geschaffen werden. Bei der Beratung dieses Entwurfs wurde auch der Tatbestand anderer Gesetzgebungen erörtert, die zur Verurteilung der Verleumdung (nicht im technischen Sinn des § 187 des RStGB.) das Bewußtsein der Unwahrheit fordern.[31] Auch die verschiedentlich auftretenden partikulären Gesetzesbestimmungen,[32] die eine „culpose Verläumdung", nämlich das Verbreiten unerweislicher, aber von dem Verbreiter für wahr gehaltener Tatsachen kennen und diese mit einer geringeren Strafe belegen, wurden zur Debatte gestellt. Trotz aller dieser Bedenken vertrat der Entwurf den Standpunkt, daß der gute Glaube mehr zu schützen sei, als die bona fides des Angeschuldigten. — Bei der endgültigen Beratung dieser Bestimmungen für das Strafgesetzbuch des norddeutschen Bundes wurden schließlich entgegen dem Entwurf z w e i Paragraphen gebildet, deren Fassung in die §§ 186 und 187 des Reichsstrafgesetzbuch übergegangen ist. Zu dem § 186 bemerken sowohl die Motive (S. 104) wie die Entwürfe (John, Entwurf I S. 415, Entwurf II S. 92), daß die Ehre gegen loses Gerede unbedingt ebenso wie gegen Schimpfreden zu schützen sei.

§ 4 Ziffer 3.

Bei den deutschen Kriminalisten des 16. und 17. Jahrhunderts finden wir die Frage der Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen nicht erörtert. Den Anfang der Auseinandersetzung bildete die Böhmersche Schrift: De delictis extra territorium admissis aus dem Jahre 1748. Während gegen Ende des 18. Jahrhunderts Einigkeit betreff des Territorialitätsprinzips herrschte,[33] bekämpften sich die Meinun-

31) z. B. Bayr. St.G.B. 1813, Art. 284, Oldenburg 1814 Art. 289.
32) Württemberg 1839 Art. 289. Sachsen 1841 Art. 195.
33) Hälschner, S. 52.

gen über die Strafbarkeit der im Ausland begangenen Delikte. Die eine Ansicht sprach dem ausländischen Gesetz jede Wirksamkeit bei der Bestrafung des Inländers ab;[34] die andere Meinung, zu der vor allem das ALR. (§§ 12—15, Kriminalordnung §§ 96, 98 und Bayr. StGB. II. Teil, Art. 30) zu zählen ist, gab dem ausländischen Gesetz eine mehr oder minder beschränkte Wirksamkeit. — Ganz abseits von diesen beiden Auffassungen steht Abegg,[35] nach dessen Ausführungen das heimische Recht auf die im Ausland begangene Tat nie Anwendung finden könne. Nur wenige folgten ihm jedoch. Für die weitere Entwicklung unserer Frage waren folgende Gesichtspunkte maßgebend. Das reine Territorialitätsprinzip wurde als schädlich anerkannt,[36] da der verbrecherische Inländer unmöglich straflos ausgehen könne. Obwohl der Auslieferung des Inländers im Anfang des vorigen Jahrhunderts keine rechtlichen Bedenken entgegenstanden, war es immerhin fraglich, ob das Ausland den Inländer überhaupt zur Bestrafung annehmen würde; ferner widersprach einer solchen Reglung auch das Bewußtsein des Staates, das es mit der Staatsautorität nicht vereinbaren konnte, den eigenen Untertan auszuliefern. Hieraus ergab sich zwangsläufig die Bestrafung des Inländers für die Auslandstat. Was nun das anzuwendende Gesetz anlangt, so herrschte darüber Einstimmigkeit, daß das ausländische Gesetz nicht angewandt werden dürfe, da es praktisch unausführbar sei.[37] Wie sollte auch der preußische Richter z. B. nach dem common law urteilen! Andererseits aber wurde Straflosigkeit dann angenommen, wenn die fragliche Handlung im Ausland nicht verboten war. Vereinzelt finden sich sogar Bestimmungen, die eine mildere Strafe eintreten lassen, wenn das ausländische Gesetz milder bestraft (z. B. § 72 des im Art. 2 des sächsischen Strafgesetzes von 1841 zitierten Grundgesetzes). Nach Art. 5 des Württembergischen Gesetzes wird gleichfalls mildere Strafe verhängt, jedoch nur für die Handlung, die sich gegen den fremden Staat oder seine Behörden richtet. Ebenso § 4 des Bad. Strafgesetzbuches von 1845. — Diese Ausnahmebestimmungen wurden jedoch nicht in das Pr.St.G.B. übernommen, da einmal praktische Bedenken da-

34) Kleinschrod, II §§ 122—124.
35) Hälschner, S. 61 ff.
36) z. B. Sachsen 1841, Art 2.
37) s. Hälschner, S.53.

gegen standen, vor allem aber, da der aburteilende Staat für das durch die Strafbarkeit im Ausland bereits festgestellte Unrecht nur die i h m gerecht erscheinende Strafe verhängen könne.[38] Diese Norm des § 43 ging von da in das RStGB. über.

§§ 102, 103.

Die geschichtliche Entwicklung hat erst in jüngster Zeit einen Schutz fremder Staaten gebracht. Diese Entwicklungslinie steht im engsten Zusammenhang mit der Entwicklung des Völkerrechts. Das Völkerrecht beruht auf dem Grundsatz der Gleichberechtigung seiner Mitglieder, d. h. der Staaten, die zur Völkerrechtsgemeinschaft zusammengeschlossen sind. Das Altertum kennt kein Völkerrecht,[39] weil die Staaten nicht bereit sind, eine Gleichberechtigung unter einander anzuerkennen. Das Streben nach der Weltherrschaft, um nur als ein Beispiel Rom zu nennen, ist nicht in Einklang zu bringen mit den einfachsten Grundsätzen des Völkerrechts, wenn es auch gewisse gemeinschaftliche Vereinbarungen (z. B. das Gesandtschaftsrecht) gab. Auch dem Mittelalter ist das Zusammengehörigkeitsgefühl auf genossenschaftlicher Grundlage unbekannt, ohne das sich aber nun einmal das Völkerrecht nicht entwickeln kann. Der Jahrhunderte dauernde Kampf um die Weltherrschaft zwischen Kaiser und Papst, das Streben des Islam um die Alleinmacht stehen dem Gedeihen des Völkerrechts hinderlich im Wege.[40] — Erst mit Beginn der Neuzeit schaffen gemeinsame Interessen und Sorgen das Bewußtsein, daß die Staaten aufeinander Rücksicht nehmen müssen. Das wesentliche Kennzeichen hierfür ist der Beginn der wissenschaftlichen Bearbeitung des Völkerrechts: Albericus Gentilis und Suarez als Vorläufer, Hugo Grotius (1583—1645),[41] als Vater des Völkerrechts sind hier zu nennen. Die Entwicklung schreitet dann langsam vorwärts: 1648 wird die Gleichberechtigung der christlichen Staaten Europas anerkannt, 1713 das sogenannte „europäische Gleichgewicht" sanktioniert. Trotzdem herrscht bis zum Beginn des vorigen Jahrhunderts das sogenannte Souveränitätsprinzip, das es als eine Beschränkung der staatlichen Selbständigkeit ansieht, wenn ein Staat einen andern wegen irgend wel-

38) Hälschner, S. 64.
39) Ullmann, S. 60.
40) Ullmann, S. 66.
41) Ullmann, S. 69.

cher Vorgänge in Anspruch zu nehmen gedenkt.[42] Es gibt nach dieser Auffassung keine Gesetze, die die Verhältnisse von Inländern zu dem Ausland und von Staat zu Staat regeln können.[43] Der Grund hierzu liegt in der Vorstellung, daß über dem staatlichen Willen kein höherer souverän herrsche. — Erst das preußische ALR. bringt eine grundsätzlich neue Ansicht. Im § 135 bestraft es denjenigen mit der durch die Tat selbst verwirkten Strafe verschärft, der das Völkerrecht gegen fremde Staaten, deren Oberhaupt und Gesandte verletzt oder dieselben sonst beleidigt. Dem preußischen ALR. schließen sich an Bayern Art. 306, Baden § 596 und Sachsen 1838 Art. 89, 1855 Art. 124. Das Pr.St.G.B. enthält als erstes Gesetzbuch einen besonderen Abschnitt, der sich mit den „feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten" befaßt. (§§ 78—81). Hier ist auch zum ersten Mal die Forderung der Verbürgung der Gegenseitigkeit erhoben. — Für die weitere Entwicklung dieser Bestimmung ist folgendes beachtenswert. In der Fassung des Strafgesetzes vom 18. Mai 1871 fand sich die Bestimmung, daß die Gegenseitigkeit „durch veröffentlichte Staatsverträge oder Gesetze" verbürgt sein müsse. In der Reichstagsfraktion vom 9. Februar 1876 beantragte der Abgeordnete Thilo, das Erfordernis der Verbürgung der Gegenseitigkeit ganz wegzulassen. Zur Begründung führte er aus, daß zahlreiche Staaten sich erst im konkreten Falle die Gegenseitigkeit versprechen ließen. Dieser Fall sei außer Acht gelassen worden. Der Abgeordnete von Schwarze beantragte dagegen, nur die Worte „nach veröffentlichten Staatsverträgen oder nach Gesetzen" zu streichen. Diese Worte fänden sich weder in andern Strafgesetzbüchern noch sei zu befürchten, daß ihr Wegfall den Zweck des Gesetzes vereiteln würde. Andererseits fordere aber der Zweck des Gesetzes die Aufnahme der Verbürgung der Gegenseitigkeit. Der Antrag von Schwarzes wurde vom Reichstag angenommen. (vergl. stenogr. Berichte 1875/86 S. 790 ff, 1323 ff.) Somit entstand die heutige Fassung der §§ 102, 103.

Allgemeines über die Bedingungen der Strafbarkeit.

Die äußeren Bedingungen der Strafbarkeit sind zunächst scharf zu unterscheiden von den objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit. Hierhin gehören u.a. die Fälle der

42) Rahn, S. 11.
43) Abegg, S. 19 ff.

§§ 224, 226. In diesen Paragraphen handelt es sich um Umstände, die in deutlichem Kausalzusammenhang mit der deliktischen Handlung stehen: („Hat die Körperverletzung zur Folge ..."). In den Fällen der §§ 4, 87, 102, 103, 154 und 210 vermeidet es dagegen der Gesetzgeber, diese innere Beziehung auszusprechen. Damit hat bereits das Gesetz den Gegensatz deutlich zum Ausdruck gebracht.

Ferner sind die Bedingungen der S t r a f v e r f o l g u n g zu betrachten. Hier ist die an sich strafwürdige und strafbare Handlung nur unter einer besonderen Bedingung v e r f o l g b a r. Ein bekanntes Beispiel hierfür ist der § 172, wonach der Ehebruch an dem schuldigen Ehegatten nur bestraft wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist. Es ist eindeutig, daß der Ehebruch, die Verletzung einer der heiligsten Einrichtungen des Staates, bereits mit dem Augenblick seines Geschehens als strafwürdig erscheint. Die Verfolgbarkeit dieses Delikts entsteht jedoch erst mit der Scheidung der Ehe, um nicht die an und für sich schon zerrüttete Ehe noch mehr zu gefährden. Bei den von uns angenommenen Bedingungen der Strafbarkeit ist dagegen das Verderbliche der Tat bereits durch die Tat selbst gekennzeichnet. Der Strafanspruch entsteht mit der Begehung der Tat.

2. Die Strafbarkeit der im Ausland begangenen Handlung. § 4 Ziffer 3.

Nach § 4 II Z. 3 wird ein Deutscher bestraft, der im Ausland ein Delikt begeht, das 1. nach den deutschen Gesetzen ein Verbrechen oder Vergehen ist und 2. nach der lex loci, dem Ort der strafbaren Handlung, als Delikt angesehen wird. — Grundsätzlich kennt das deutsche Strafrecht das Territorialitätsprinzip; der deutsche Richter hat nur die Taten zu bestrafen, die auf deutschem Grund und Boden begangen sind. Dieser Gedanke findet seinen Ausdruck in den §§ 3 und 4. Ausgangspunkt dieser Bestimmungen ist der völkerrechtliche Grundsatz der Gebietshoheit: Die Macht des Staates endet an seinen Grenzen. Wenn nun entgegen diesem Grundsatz unser geltendes Strafgesetz im Anschluß an die geschichtliche Entwicklung im § 4 Z. 3 zu dem sogenannten Personalitätsprinzip gegriffen hat, so ist die ratio legis dieser Bestimmung zu untersuchen. — Art. 112

Abs. 3 der Reichsverfassung verbietet den deutschen Behörden, einen Deutschen einer ausländischen Regierung zur Verfolgung oder Bestrafung auszuliefern. Wäre die Bestimmung des § 4 Z. 3 nicht in das StGB. aufgenommen, so ergäbe sich auf Grund des verfassungsmäßig gewährleisteten Grundrechts die völlig unhaltbare Folge, daß jeder Deutsche straffrei gegenüber allen Verbrechen ist, die er im Ausland begeht, sofern es ihm nur gelingt, rechtzeitig das deutsche Gebiet zu erreichen. Das Ehrgefühl des deutschen Staates verlangt aber auf das Entschiedenste nach der im § 4 Z. 3 tatsächlich getroffenen Bestimmung. Ferner kann es dem deutschen Staat keineswegs gleichgültig sein, ob sich ein Verbrecher in seinen Grenzen frei bewegen darf.[1] Zweck der Strafe ist nicht nur Vergeltung, sondern auch Vorbeugung gegen etwaige weitere Angriffe des Verbrechers auf Leben, Gesundheit, Eigentum und sonstige Interessen der Staatsbürger. Das Präventivprinzip fordert also gleichfalls eine Bestrafung für die im Ausland begangene Tat. Diese Erwägung führt zu der wichtigen Folgerung, daß der Täter auch dann zu bestrafen ist, wenn der ausländische Staat aus irgend welchen Gründen eine Bestrafung nicht wünscht.[2] Es liegt somit keineswegs eine Zession des ausländischen Strafanspruchs an den deutschen Staat vor. (Anders Frank § 4 III 3 b.) — Wir haben festgestellt, daß der Täter bestraft werden muß; die weitere Frage ist die, welches Gesetz gegen ihn anzuwenden ist. Der Gesetzgeber fordert zweierlei: 1. Die Handlung muß nach deutschem Recht ein Verbrechen oder Vergehen sein, 2. die Handlung muß nach der lex loci strafbar sein. Die Aufstellung der ersten Bestimmung ist durchaus verständlich; der deutsche Staat hat keinen Grund, eine Tat zu ahnden, die er nicht für verwerflich hält. Was in den Augen des deutschen Gesetzes nicht strafbar ist, wird es auch nicht dadurch, daß der Begehungsort im Ausland liegt. Der deutsche Gesetzgeber legt seinem Gesetz, der deutsche Richter daraufhin seinem Urteil die moralischen, ethischen Anschauungen zu Grunde, die das deutsche Volksbewußtsein kennt. Etwaigen höheren Anforderungen braucht und kann der deutsche Staat nicht nachgeben. — Ferner muß die Tat nach dem Begehungsort strafbar sein. Dieses

1) ebenso Schrader, S. 46.
2) ebenso Schrader, S. 46.

Erfordernis hat seine Ursache in folgender Erwägung, wie an einem bekannten Beispiel zu erläutern ist. § 176 Z. 3 bestraft die Unzucht mit Personen unter 14 Jahren. Grund dieser Bestimmung ist der Schutz der sittlichen Reife, die der deutsche Gesetzgeber mit dem Eintritt des 14. Lebensjahres für festgestellt erachtet. In südlicheren Zonen liegt dagegen diese Grenze um 1 bis 2 Jahre früher. Das, was also in unsern Augen für die in Deutschland begangene Tat ein Verbrechen ist, ist in den Augen der weiter südlich wohnenden Völker kein Delikt. Der Deutsche, der demnach dort eine strafbare Handlung im Sinne des § 176 Z. 3 begeht, verletzt jene Anschauungen keineswegs; aber auch nach unsern deutschen Begriffen ist diese im Ausland begangene Handlung nicht verbrecherisch nach § 176, weil die Voraussetzung des Gesetzgebers, Schutz 14jähriger unreifer Personen, dort nicht vorliegt. Trifft also der Deutsche im Ausland auf veränderte Bedingungen, andere Umgebung, andere Anschauungen, so können wir ihn nicht schon deswegen bestrafen, weil er Deutscher ist. Im Gegenteil: Die veränderten Umstände sind ihm zuzurechnen. Aus der gleichen Ueberlegung sind daher auch abweichende Rechtsanschauungen und kulturelle Verschiedenheiten zu berücksichtigen. Diese Erwägungen veranlassen also den Gesetzgeber zu fordern, daß die Tat auch nach dem Begehungsort strafbar sei. Es genügt nicht, wenn der ausländische Staat das betreffende Delikt in seinem Strafgesetz aufgeführt hat, wenn die Handlung abstrakt geeignet ist, Strafe nach sich zu ziehen; die konkrete Handlung, das bestimmte historische Vorkommen muß vielmehr strafbar sein.[3] Dabei ist zu beachten, daß es keineswegs nötig ist, daß die Tatbestände des inländischen und des ausländischen Gesetzes sich völlig decken (so RG. 54/249). Es genügt, daß die betreffende Handlung sinngemäß als solche den gleichen Tatbestand im ausländischen Recht hat. — Kennt ferner das ausländische Recht einen erweiterten Notwehrbegriff, Schuldausschließungsgrund oder Selbsthilfeanspruch, so darf eine Bestrafung nicht erfolgen.[4] — Hierbei ist die Entscheidung RG. 15/221 zu beachten. Das Reichsgericht bestraft mit Recht in dieser Entscheidung den Angeklagten wegen Bestechung eines preußischen Beamten im Ausland (Holland), obwohl

3) Frank, § 4 III 3 b, Leipz. Kom. § 4 Nr. 3 und RG. 15/221.
4) ebenso Mandel, S. 10.

dieser Beamte nach Art. 84 des niederländischen Strafgesetzbuchs keineswegs als Beamter anzusehen ist. Mit Recht führt aber das Reichsgericht aus, daß für die Entscheidung nicht maßgebend ist, ob der preußische Beamte auch nach niederländischem Recht Beamteneigenschaft hat, sondern daß es ausreicht, daß er (als Eisenbahner) „mit Wissen und Willen der niederländischen Behörden als preußischer Staatsbeamter auftritt"; damit richtet sich die Bestechung im konkreten Falle tatsächlich gegen einen preußischen Beamten im Ausland. Diese Entscheidung widerspricht nicht unserer Darstellung über die Einführung des Personalitätsprinzips und der Strafbarkeit nach der lex loci. Denn wenn ein preußischer Beamter in preußischer Beamteneigenschaft im Ausland bestochen wird, so hängt die Verwerflichkeit dieser Handlung (also der Tat als solcher) keineswegs von der Bestimmung des Art. 84 des niederländischen Strafgesetzbuchs ab, nach der als Beamter nur der gilt, der auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift gewählt ist.

So kommen wir dazu, in dem Satz „Strafbarkeit nach der lex loci" eine besondere Bedingung der Strafbarkeit zu sehen.[5] Die Entstehung des staatlichen Strafrechts wird nicht allein durch die Begehung eines bestimmten Delikts bewirkt, sondern es wird neben dem Delikt vom Gesetz das Vorhandensein einer weiteren Bedingung zur Begründung des Strafrechts verlangt. Diese Bedingung muß zur Zeit der Handlung bereits vorliegen, es sei denn, daß das ausländische Gesetz rückwirkende Kraft hat.[6] — Ein Irrtum des Täters über die Strafbarkeit nach dem Auslandsrecht ist belanglos, genau wie es der Fall beim Irrtum über die Strafbarkeit nach deutschem Recht ist, da es sich um einen Irrtum über die Rechtsfolgen der Tat handelt. Denn der Vorsatz braucht sich nicht auf die Strafbarkeit der Handlung zu beziehen; die Strafbarkeit ist eine Folge des Tatbestandes, aber nicht selbst Tatbestandsmerkmal;[7] nach § 59 sind dem Täter aber nur die Umstände zuzurechnen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Gerade dieser Umstand führt dazu, bei der Strafbarkeit nach der lex loci von einer besonderen Bedingung der Strafbarkeit als einem außertatbestandlichen — da nicht

5) Olshausen, § 4 Nr. 13.
6) Mandel, S. 9, Ohlshausen § 4 Nr. 1,3
7) Frank, § 59 III 2. Beling (L. v. V.) S. 186 ff.

vom Vorsatz umfaßten — Merkmal zu sprechen.[8] — Von Bar sieht im § 4 keine Bedingung der Strafbarkeit, wohl aber die doppelte Festsetzung der Schuld (subjektiv).[9] Bars Auffasung ist zu eng; dies beweist die Tatsache, daß z. B. auch das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes (objektiv) im ausländischen Recht zu prüfen, also auch die Rechtmäßigkeit doppelt festzustellen ist. — Blume (S. 15—16) und Finger (S. 45) sprechen von einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit deshalb, weil die Strafbarkeit nach ausländischem Recht begrifflich „der Willens- und Tatseite des Verbrechers völlig entzogen ist". Mit Recht wenden sich hiergegen Rittler (Bd. 8 S. 325) und Frank (4. Absch. vor § 51 VI) mit folgenden Ausführungen; eine große Anzahl von Tatumständen sei gleichfalls der Verursachung durch den Täter entzogen; es wären dies die Tatumstände, die der Täter als gegeben schon vorfinde; hierin gehören z. B. die Menschenqualität des Angegriffenen, die Urkundeneigenschaft in den §§ 267 ff. — Mandel erblickt in dem Vorliegen der Straflosigkeit nach dem Auslandsrecht einen sachlichen Strafausschließungsgrund (S. 11): „Die im Ausland nicht vorhandene Strafbarkeit des Täters verhindert, daß die Handlung trotz ihrer Deliktsmerkmale strafbar und damit Verbrechen wird, d. h. sie vereitelt die Entstehung des deutschen Strafanspruchs." Das Bedenkliche dieser Auffassung liegt im Folgenden. Der Oberbegriff des sachlichen oder objektiven Strafausschließungsgrundes zerfällt nach unsern allgemeinen Anschauungen in die sogenannten Schuldausschließungs- und Rechtfertigungsgründe.[10] Das Moment der Nichtstrafbarkeit im Ausland wäre dann also für unser deutsches Recht entweder ein Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund. Dies würde zwar dann zutreffen, wenn dem Ausland ein erweiterter Begriff der Notwehr oder der Unzurechnungsfähigkeit bekannt wäre; wenn aber im Ausland der in Betracht kommende strafbare Tatbestand überhaupt nicht aufgeführt ist, von der Ausschließung der Rechtswidrigkeit oder der Schuld also nicht die Rede sein kann, so ließe sich Mandels Auffassung nur dadurch halten, daß man speziell für diesen Fall einen anderen weiteren Begriff der Strafausschließungsgründe kon-

8) Frank, § 4 III. 3 b., Liszt, § 44. Binding H. S. 591 v. Falker, § 12.
9) Gesetz und Schuld, Bd. III. S. 19.
10) Frank, 4. Absch. vor § 51.

struierte. Dazu liegt aber keine Veranlassung vor, noch dazu, wenn man erwägt, daß man so gezwungen ist, anstatt der einfachen positiven Fassung (Strafbarkeit im Ausland gleich besondere Bedingung der Strafbarkeit) die im Gesetz nicht begründete negative Fassung (Nichtstrafbarkeit im Ausland gleich Strafausschließungsgrund) zu wählen. — Liegt ferner nach ausländischem Strafrecht ein persönlicher Strafausschließungsgrund vor, scheitert also die Bestrafung nur an diesem Merkmal, so käme man zu der unerwünschten Folgerung, den ausländischen persönlichen Strafausschließungsgrund als inländischen sachlichen Strafausschließungsgrund anzusehen.

3. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit. §§ 102, 103.

Der vierte Abschnitt unseres Strafgesetzbuches trägt die Ueberschrift: „Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten". Dem Hochverrat analoge Handlungen und die Beleidigung auswärtiger Landesherren und Regenten sind in den §§ 102 und 103 unter Strafe gestellt. Die Staaten sehen ein, daß ihre Interessen wechselseitige sind, daß es notwendig ist, sich gegenseitig Zugeständnisse zu machen. So entsteht das genossenschaftliche Prinzip des Völkerrechts, das Prinzip der Gleichberechtigung der Staaten. Eine naturgemäße Folge dieser Anschauung ist es, wenn die Staaten nunmehr bereit sind, sich Rechtshilfe zu leisten. Um eine solche handelt es sich hier. Hat der Deutsche im Inland oder im Ausland eines der in den §§ 102 und 103 näher bezeichneten Verbrechen begangen und befindet er sich in Deutschland, also unter deutscher Staatsgewalt, so kann der ausländische Staat nicht bestrafen. Eine Auslieferung kommt nach Art. 112, Abs. 3 RV. nicht in Betracht. Eine Bestrafung unmittelbar nach § 4 Ziff. 3 vorzunehmen, scheitert daran, daß die hochverräterische Handlung in den §§ 80 ff. nach der positiven Fassung und dem Sinn des Gesetzes sich nur gegen deutsche Rechtsgüter richtet und richten kann. Es sind also ausdrückliche Bestimmungen nötig, die dem Sonderschutz befreundeter Staaten dienen sollen. Es handelt sich hierbei für Deutschland mehr um eine Strafpflicht als um ein Strafrecht, da der deutsche Staat im fremden Interesse tätig wird. — Die Bestim-

mungen der §§ 103, 104 sind im einzelnen folgende: Strafbar macht sich jeder Deutsche, der im In- oder Ausland und jeder Ausländer, der im Inland 1. es unternimmt, den Landesherrn eines ausländischen Staates zu töten ...., die Verfassung oder die Thronfolge gewaltsam zu ändern, das Gebiet einem fremden Staat einzuverleiben oder einen Teil desselben vom Ganzen loszureißen; 2. mit mehreren die Ausführung dieser Handlungen ohne Erfolg verabredet; 3. zur Vorbereitung eines Hochverrats entweder sich mit einer auswärtigen Regierung einläßt oder die ihm von seinem Staate anvertraute Macht mißbraucht oder Mannschaften anwirbt oder einübt; 4. öffentlich vor einer Menschenmenge ... zur Ausführung einer der bezeichneten Hochverratshandlungen auffordert; 5. irgend eine andere ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitende Handlung vornimmt. — Deutschland gewährt die Bestrafung aber nur, sofern die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Keineswegs ist dieses Moment als besonderes Kennzeichen des ausländischen Staates, gewissermaßen als das eines befreundeten anzusehen. Der Tatbestand müßte dann lauten: Wer die ... Handlung gegen einen die Gegenseitigkeit verbürgenden Staat unternimmt, wird bestraft. Bei einer solchen Auffassung würde sich die strafbare Handlung nur gegen eine bestimmte Gruppe von Staaten richten, der Täter müßte dieses Moment der Verbürgung der Gegenseitigkeit als Tatbestandsmerkmal in seinen Vorsatz stellen, und ein Irrtum hierüber würde ihm nach § 59 zuzurechnen sein. Gegen eine solche Auffassung, die mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht im Einklang steht, verstößt auch der Sinn der Vorschrift. Das völkerrechtlich anerkannte Prinzip der Gleichberechtigung der Staaten duldet überhaupt nicht, daß ein Staat dem Hochverrat ähnliche Handlungen gegen einen andern ungesühnt läßt. Jeder Staat hat die Verpflichtung, feindliche Handlungen seiner Untertanen gegen eine andere Macht zu unterbinden, und, wenn schon geschehen, zu bestrafen. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit hat daher einen andern Sinn als den oben dargestellten. Durch diesen Passus soll nämlich der andere Staat gezwungen werden, innerhalb seines Machtbereichs Deutschland den gleichen Schutz einzuräumen. Es ist daher Binding nicht beizustimmen, der den Satz von der Reziprozität ganz gestrichen wissen will.[1] Die

1) Binding, H I S. 592.

Forderung: „Sofern die Gegenseitigkeit verbürgt ist", stellt sich als ein politisches Druckmittel gegen den andern Staat dar, der Deutschland den gleichen Schutz noch nicht eingeräumt hat. „Die Strafbarkeit der Handlung ist nicht im Hinblick auf den Täter charakterisiert, sondern im Hinblick auf die Politik. Diese Erwägung geht dem einzelnen Bürger nichts an."[2] — Die wichtige Folge, die sich hieraus ergibt, ist die, daß der Vorsatz des Täters die Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht zu umfassen hat, ein Irrtum daher unbeachtlich ist. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit liegt somit außerhalb des gesetzlichen Tatbestandes[3] und bedingt erst die Entstehung der staatlichen Strafpflicht. Ist also die Gegenseitigkeit nicht verbürgt, so ist die feindliche Handlung überhaupt nicht strafbar, weil keine Strafpflicht des Deutschen Reiches entsteht.[4] Der eigenartige Umstand, daß dies zweifellos dem Völkerrecht angehörende Gebiet in das positive Strafrecht aufgenommen ist, erklärt sich daraus, daß Deutschland dem Ausland gegenüber nicht nur völkerrechtlich, sondern auch staatsrechtlich gebunden sein will. Denn wegen dieser erhöhten Garantie ist ein noch nicht die Gegenseitigkeit verbürgender Staat leichter geneigt, auch seinerseits Deutschland den gleichen Schutz einzuräumen.[5] — Die Bedingung der Strafbarkeit steht im Gegensatz zur Prozeßvoraussetzung. Letztere folgt der strafbaren Handlung immer nach,[6] und macht nur die Verfolgung der deliktischen Handlung von dem Vorliegen eines besonderen Umstandes abhängig. Die Bedingung der Strafbarkeit macht dagegen die Handlung erst zu einer strafbaren und muß zur Zeit des Delikts bereits vorliegen.[7] Denn es handelt sich bei den §§ 102, 103 um ein durch die Verbürgung der Gegenseitigkeit b e d i n g t e s Strafgesetz. Die entgegengesetzte Ansicht, wonach die Gegenseitigkeit erst zur Zeit der Strafverfolgung vorzuliegen braucht, widerspricht dem § 2 Abs. 1. Denn es ist ja, bevor die Gegenseitigkeit verbürgt ist, keine die Tat treffende Strafdrohung vorhanden.[8] In letzterem Falle darf daher, da keine verbrecherische Handlung vorliegt, nicht auf

2) Rittler, S. 343.
3) RG. 38/77.
4) Gerland V.D.B.S. 222.
5) Finger S. 46.
6) Pracht S. 21.
7) RG. 38/77, Olshausen § 102 Nr. 2.
8) Gerland S. 222 ff.

Einstellung des Verfahrens, sondern nur auf Freisprechung erkannt werden. — Ein weiterer Hinweis darauf, daß wir es bei der Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht mit einer Prozeßvoraussetzung zu tun haben, beweisen die Abs. 2 der §§ 102, 103, die die Verfolgung vom Antrag der auswärtigen Regierung abhängig machen. Wollte das Gesetz die Verbürgung der Gegenseitigkeit als Prozeßvoraussetzung aufgefaßt wissen, so lag nichts näher, als in den Satz: „Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der auswärtigen Regierung ein" die Worte: „Bei verbürgter Gegenseitigkeit" hineinzusetzen. So deutet aber gerade die scharfe Trennung der beiden Bestimmungen und ihre Unterbringung in zwei verschiedene Abschnitte auf verschiedene Auffassungsweisen hin. — Mandel zählt die §§ 102, 103 zu den Blankettstrafgesetzen. Er führt etwa aus (S. 16): Der Gesetzestatbestand sei nicht vollständig; denn es fehle die Feststellung, für welche hochverräterische Handlungen und gegen welche Staaten die Strafen bestimmt seien. Denn bestraft werde im Inland nur die hochverräterische Handlung gegen denjenigen Staat, der die Gegenseitigkeit verbürgt habe und sie gerade für diese Handlung verbürgt habe. Die Ausführung des Blanketts sei daher den fremden Staaten überlassen. — Unter den Blankettstrafgesetzen unterscheiden wir 2 Gruppen: Die eine Gruppe ist dadurch gekennzeichnet, daß die tatbestandsmäßige Handlung im Gesetz selbst ausgesprochen ist, während die Befugnis, die Rechtswidrigkeit auszusprechen, einer andern Gewalt zusteht;[9] hierhin gehört der Fall des § 360 Z. 9. Die Tatbestände der §§ 102, 103 passen aber nicht hierher. Denn wir haben gesehen, daß die dem Hochverrat analogen Handlungen der § 102, 103 bereits rechtswidrig sind und nur ihre Bestrafung ohne Verbürgung der Gegenseitigkeit aus politischen Gründen unterbleibt. — Die zweite Gruppe der Blankettgesetze zeichnet sich dadurch aus, daß in ihnen nur die Strafdrohung durch Reichsgesetz bestimmt ist, während die Festsetzung des Tatbestandes anderen Gewalten, auch außerdeutschen, überlassen ist.[10] Ein Beispiel hierfür ist der § 145. Die Strafdrohung hängt also hier von der Uebertretung eines noch zu erlassenden Gebots ab.[11] Treffend bezeichnet daher Binding das Blankettgesetz als „einen Körper, der seine Seele

9) Frank, Einleitende Bestimmungen II S. 5.
10) Liszt, § 18 V, Frank, Einleitende Bestimmungen II, S. 5.
11) Wach, S. 46 ff.

sucht".[12] Aber auch dieser Fall liegt bei der Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht vor. Der strafbare Tatbestand ist in den §§ 102, 103 voll und ganz aufgeführt. Es ist nicht so, daß bei verbürgter Gegenseitigkeit, z. B. mit der Schweiz, einer der verschiedenen Fälle des § 102 etwa folgendermaßen lautet: „Wer gegen die Schweiz Hochverrat übt, wird bestraft", während umgekehrt die sonstigen dem Hochverrat analogen Handlungen gegen andere die Gegenseitigkeit nicht verbürgende Staaten keine Delikte sind, da sie ja bei einer solchen Auffassung überhaupt nicht im Gesetz enthalten sind. Wir haben im Gegenteil nachgewiesen, daß jede Handlung der §§ 102, 103 Verbrechen ist, ihre Bestrafung aber aus den schon geschilderten politischen Erwägungen unterbleibt.

4. Der Kriegsausbruch.
§ 87 II.

Die strafbare Handlung besteht darin, daß sich ein Deutscher mit einer ausländischen Macht einläßt. Unter dem Sicheinlassen ist ein Zustand zu verstehen, in dem sowohl der deutsche wie der ausländische Staat mit Verhandlungen bereits begonnen haben. Einseitige Veranlassung eines Deutschen gehört nicht hierher.[1] Der Grund zu dieser Behauptung liegt in folgender Ueberlegung. Man wird den Begriff des Sicheinlassens ebenso aufzufassen haben wie im § 84, der den bestraft, der sich zur Vorbereitung eines Hochverrats mit einer auswärtigen Regierung einläßt. Würde § 84 die einseitige Aufforderung bestraft wissen wollen, so wäre es kaum zu verstehen, warum die öffentliche Aufforderung an eine Menschenmenge zum Hochverrat, die gewiß gefährlicher ist, mit einer niedrigeren Strafe belegt wird. § 84 will aber einen gefährlicheren Zustand bestrafen, der nämlich dann vorliegt, wenn beide Seiten bereits Erklärungen abgegeben haben. — § 87 bestraft ein sogenanntes Gefährdungsdelikt, die Herbeiführung einer drohenden Gefahr. Es ist für den Abs. 1 dieses Paragraphen völlig gleichgültig, ob die Handlung des Täters geeignet war, den Erfolg herbeizuführen. Selbst die untergeordnetste Tätigkeit, bei der dem Richter

12) Binding, N I S. 162.
1) Leipz. Komm. § 84, 1.

die Möglichkeit einer Verursachung ausgeschlossen erscheint, führt eine Bestrafung herbei (vgl. Olshausen § 85 Nr. 4). Denn es läßt sich schwer die Gewichtigkeit des Einflusses feststellen, den der Verkehr zwischen dem Deutschen und der ausländischen Regierung gehabt hat, vor allem, wenn man erwägt, daß das äußere Zeichen, nämlich der Kriegsausbruch, nicht eingetreten ist. — In Absatz 2 ist der Ausbruch des Krieges als Strafschärfungsgrund angeführt. Die Gefährdung ist also hier zu einer Verletzung geworden. Nichts ist naheliegender zu behaupten, als daß die Handlung des Täters in der Tat die Verletzung herbeigeführt hat, das Einlassen für den Ausbruch des Krieges kausal ist. Hierauf weist auch der Wortlaut derr Bestimmung hin: „Wenn d e r Krieg," nicht wenn „ e i n Krieg" ausgebrochen ist, heißt es. In der Tat finden sich Vertreter dieser Auffassung. so John in Holtzendorffs Handb. 3/15, v. Calker, Vergl. Darstellung Bd. I. 43, die den Nachweis des Kausalzusammenhangs fordert. Diese Ansicht steht jedoch im Widerspruch mit dem Gesetz. Der Gesetzgeber fordert nicht mehr, als daß der Krieg ausgebrochen ist, er vermeidet es zu sagen, daß der Täter den Krieg verursacht hat. Daß dies kein Zufall ist, beweist unsere Darstellung über die objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit. Wenn der Gesetzgeber wirklich einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Handlung und dem Erfolg nachgewiesen wissen will, so spricht er dies ohne einen Zweifel aufkommen zu lassen, deutlich aus. Im § 87 vermeidet es dagegen der Gesetzgeber, den Kausalzusammenhang zu fordern. Aus diesem Grunde haben eine große Anzahl Schriftsteller gefolgert, daß eine Prüfung des ursächlichen Zusammenhangs überhaupt nicht in Frage komme. In diesem Sinne spricht Binding von einer Präsumtion: „Das Gesetz nimmt die kausale Beziehung an, um sich der Notwendigkeit genauer Feststellungen zu überheben, wie weit sie besteht."[2] Das Bedenkliche dieser Auffassung liegt aber darin, daß der Täter nach ihr auch dann zu bestrafen ist, wenn er nachweislich den Erfolg nicht herbeigeführt hat. Es ist richtig und zweckentsprechend, daß der Täter für die Gefährdung eines Rechtsgutes bestraft wird; es ist aber ungerecht und widerspricht der freien Beweiswürdigung, wenn ein Mensch für einen Erfolg bestraft werden soll, den

2) Binding H. I. S. 590/91., v. Liszt, S. 570.

er nachgewiesenermaßen nicht herbeigeführt hat. — Für die Beantwortung nach dem Wesen des Kriegsausbruchs ist von Bedeutung die Feststellung, welchen Grund der Gesetzgeber gehabt hat, hier vom positiven Nachweis des Kausalzusammenhangs abzusehen. Die Beantwortung der Frage ergibt sich, wenn man die praktische Seite des Falles an einem Beispiel betrachtet. Zwischen dem Täter T. und der ausländischen Macht A. besteht, wie einwandfrei nachgewiesen wird, ein Schriftwechsel, der auf Seiten des T. als landesverräterische Handlung anzusehen ist. Einige Zeit nach Beginn dieses Schriftwechsels bricht zwischen Deutschland und dem Staate A. ein Krieg aus. T. wird verhaftet. Der Staatsanwalt hat jetzt die Aufgabe, Beweise dafür zu sammeln, daß auf Grund des Schriftwechsels der Krieg ausgebrochen ist. Sofort wird jedem klar, daß weder der Ankläger noch der Richter diese Aufgabe lösen können. Denn ihnen fehlen ja als wichtigste Beweismittel die Akten und die Zeugenaussagen der Organe der feindlichen Macht. Diese sind praktisch nie zu erreichen. Ja selbst wenn sie diese erreichten, wird es stets unmöglich sein zu sagen, daß tatsächlich die Handlung des T. den Krieg herbeiführte. In der Politik, bei der tausend Fäden durcheinander laufen, läßt sich nur schwer die Tragweite der Handlung des Einzelnen bestimmen. Forderte also der Gesetzgeber den Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs, so würde er damit einen praktisch unmöglichen Tatbestand konstruiert haben. Andererseits will der Gesetzgeber die Verletzung härter als die Gefährdung treffen. Bei diesem Zwiespalt zwischen der praktischen Schwierigkeit des Nachweises, dem verständlichen Bedürfnis nach einer erhöhten Strafe bei eingetretenem Erfolg, und schließlich dem Wunsch nach Straflosigkeit bei fehlendem Kausalzusammenhang gibt es nur eine Möglichkeit auf folgender Grundlage: Das Gesetz muß es zwar vermeiden, den Kausalzusammenhang positiv zu fordern; es liegt aber regelmäßig nichts näher als die Vermutung, daß der Kausalzusammenhang tatsächlich vorliegt. Dies wird um so anschaulicher, wenn man sich überlegt, daß der § 87 zunächst von einer Gefährdung spricht. Im Lauf der Dinge liegt es, daß die Gefährdung eines Gutes, in der Absicht es zu verletzen, tatsächlich häufig eine Verletzung wird. So ist auch hier zu beachten, daß der Täter gerade den Erfolg, den Aus-

bruch des Krieges will; „um die ausländische Macht zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu veranlassen", heißt es. Schließlich ist es sogar nötig, daß gerade der Krieg ausbricht, den der Täter beabsichtigt. Eine hohe Wahrscheinlichkeit spricht also dafür, daß der Krieg auf den Landesverrat zurückzuführen ist. — Aus diesem Gunde vermutet der Gesetzgeber einen Kausalzusammenhang zwischen der landesverräterischen Handlung und dem Ausbruch des Krieges. — Die Endfrage lautet schließlich: Ist diese Vermutung widerlegbar? Nach der dargelegten Entwicklung kann die Antwort mit Frank und dem Leipziger Kommentar (§ 87 No. 3 bezw. No. 4) nur dahin lauten, daß die Vermutung eine widerlegliche ist. Das Gesetz präsumiert, um die Schwierigkeit eines Nachweises aus begreiflichen Gründen von sich abzuwälzen. Welche Ursache hätte das Gesetz, plötzlich den Gegenbeweis, daß der Kausalzusammenhang nicht vorliegt, abzuschneiden! Wenn das Gesetz nur vermutet, daß der Kausalzusammenhang vorliegt, so weiß es dies nicht bestimmt; gelingt dann der Nachweis, daß die Vermutung nicht zu Recht besteht, so läßt sich kein logischer Grund finden, die bloße unrichtige Vermutung eines Gesetzes der Wahrheit einer Tatsache vorzuziehen. — Bemerkenswert ist die Zwischenlösung, die Olshausen (§ 85 No. 5) vorschlägt. Er fordert einen zeitlichen Zusammenhang zwischen der strafbaren Handlung des Einlassens mit der auswärtigen Regierung und dem Kriegsausbruch. Ob dieser zeitliche Zusammenhang im einzelnen Fall vorliege, sei Sache der konkreten Beurteilung. Olshausen läßt also dann straflos, wenn es durch einen größeren zeitlichen Zwischenraum offenbar unmöglich sei, daß der Kausalzusammenhang vorliegen könne. Bei dieser Auffassung ist nicht recht einzusehen, warum gerade für den Fall, wenn aus zeitlichen Gründen der ursächliche Zusammenhang fehlt, eine Straflosigkeit eintreten soll, während bei fehlendem Kausalzusammenhang aus sonstigen Gründen der Täter zu bestrafen ist. Ein im § 87 liegender Grund läßt sich hierfür nicht angeben.

5. Das begangene Hauptdelikt.

§ 139.

Wenn man die Tatsache des begangenen Hauptdelikts richtig würdigen will, so ist es erforderlich, das Wesen des

gesamten Vergehens und seine Stellung innerhalb des Strafrechtssystems näher zu prüfen. Das Gesetz bestraft denjenigen, der trotz Kenntnis von einem bevorstehenden Delikt dessen Anzeige unterläßt. Durch diese Strafhandlung will das Gesetz die Begehung gewisser Kapitalverbrechen verhüten.[1] Denn es geht mit Recht davon aus, daß das Verbrechen bei rechtzeitiger Anzeige unterblieben wäre. So kennzeichnet sich der § 139 als ein sogenanntes Polizeidelikt.[2] Der Einzelne hat gewissermaßen die Pflicht eines Organs der Wohlfahrtspolizei, das Nötige gegen die Begehung der Kapitalverbrechen zu veranlassen; diese Tätigkeit besteht für ihn darin, daß er Anzeige erstattet. Die weitere Frage ist die, ob neben dem Vorsatz auch die Fahrlässigkeit strafbar ist. Die Beantwortung ergibt sich aus dem Wesen des Delikts als eines Polizeivergehens. Das Gesetz will die Verhütung von Verbrechen. Dieses Interesse hat der Staat nicht nur demjenigen gegenüber, der vorsätzlich die Anzeige unterläßt, sondern auch dann, wenn lediglich Fahrlässigkeit zu einer Nichtanzeige führt. (Vgl. RG. 45/395.) Ja, man kann sogar sagen, daß sich die Strafvorschrift des § 139 in erster Linie gegen die Fahrlässigkeit des Mitmenschen richtet, der in stumpfer Gleichgültigkeit sein Vaterland verraten und seine Nächsten ermorden läßt. — Wir haben das Verhältnis zwischen den zur Anzeige Verpflichteten und der Tat gekennzeichnet, wir wollen jetzt sein Verhältnis zum Haupttäter betrachten. Durch die Nichtanzeige wird es dem Täter in der Regel möglich, sein Verbrechen auszuführen. Der Nichtanzeigende hilft also gewissermaßen dem Täter. So taucht der Gedanke an die Beihilfe auf; denn Gehilfe ist nach § 49 derjenige, der dem Täter zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Beistand leistet. Welches ist nun der Unterschied zwischen der Beihilfe des § 49 und dem § 139? Das Eigenartige des § 139 liegt darin, daß das Strafgesetz von den Staatsbürgern eine positive Tätigkeit fordert, die in keinem Zusammenhang mit dem sonstigen Handeln des Bürgers steht. Grundsätzlich lautet die Norm der Strafgesetze: Du sollst n i c h t (töten, stehlen, betrügen usw.). Daneben kennen wir die Fälle der sogenannten Unterlassungsdelikte; diese Pflicht muß jedoch in einem später noch zu

1) RG. 9/385.
2) Olshausen, § 139, 12, Leipz. Komm. § 139, 10.

erörternden Zusammenhang mit der sonstigen Tätigkeit der betreffenden Person stehen. Im Falle des § 139 genügt dagegen die rein zufällige Kenntnis von einem der dort aufgeführten Verbrechen, und der Gesetzgeber verlangt darauf von dem Einzelnen, daß er Anzeige erstattet. — Der Unterschied zwischen den Unterlassungsdelikten und dem § 139 liegt darin, daß bei diesen die Verhinderung des Erfolges unmittelbar durch einen Rechtssatz geboten oder durch eine rechtswirksame Verpflichtung übernommen ist,[3] während im § 139 keine derartige Verpflichtung besteht. So haben z. B. die Eltern eines minderjährigen Kindes die Pflicht, es vor körperlichem Schaden zu schützen (§§ 1627, 1634 BGB.), so ist A. der den sinnlos trunkenen Freund mit sich nimmt, verpflichtet, seinen Freund unterwegs nicht erfrieren zu lassen. Erfährt andererseits jemand, daß ein Mord geplant ist, so hat er an und für sich keine Verpflichtung, das bedrohte, ihm völlig fremde Opfer zu schützen. Hier greift § 139 ein und fordert Anzeige; § 139 behandelt somit einen der Beihilfe ähnlichen Fall, begangen durch Unterlassung. — Die Strafe hängt davon ab, daß das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen ist. Unwillkürlich denkt man hierbei an das bekannte Kennzeichen der Beihilfe, nämlich daß diese nur dann zu bestrafen ist, wenn das Hauptdelikt ausgeführt wird.[4] Wir sprechen hier von der sogenannten Akzessorietät der Teilnahme. Dies bedeutet für den § 49 daß ohne die Vollendung oder wenigstens den Versuch des Hauptvergehens keine Strafe eintritt. Auffallend ist nunmehr, daß § 139 diesen Umstand besonders hervorhebt. Hierzu veranlassen jedoch das Gesetz verschiedene Gründe: zunächst gefällt, wie wir schon festgestellt haben, unter § 139 auch die fahrlässige Nichtanzeige; § 49 dagegen kennt nur ein vorsätzliches Delikt. Es bestände sonst mangels besonderer Vorschrift die Möglichkeit, wegen dieser Verschiedenheit auch in dem Fall zu strafen, wenn das Hauptvergehen nicht begangen wird; zudem könnte die isolierte Stellung des § 139 zu dieser Ansicht verleiten. Um dem vorzubeugen, setzt der Gesetzgeber die Tatsache des verübten Hauptdelikts in den § 139 nochmals ausdrücklich ein (ebenso Mandel S. 48). § 139 stellt sich somit dar als eine Art der

3) Frank, § 1 IV. 1 und 2.
4) Frank, § 49 I, Olshausen, § 49, Leipz. Komm. § 49.

negativen Beihilfe, begangen an einer Gruppe bestimmter Kapitalverbrechen, wobei Vorsatz und Fahrlässigkeit strafbar sind. Gegen diese Bezeichnung des § 139 wendet sich Frank.[5] Er bezeichnet es „als ganz unbrauchbar, daß gerade bei den besonders schweren Delikten die negative Beihilfe auffallend milde (mit Gefängnis) zu bestrafen sei". Diese Anschauung ist unberechtigt. Denn macht einen ganz erheblichen Unterschied, ob jemand verpflichtet ist, aus rechtlichen oder persönlichen Beziehungen zu dem bedrohten Opfer für seine Integrität zu sorgen oder ob er gewissermaßen als unbeteiligter Dritter von dem Verbrechen erfährt. Oder ist es etwa dasselbe, wenn Eltern hören, daß ihr Kind getötet werden soll und sie unter Verletzung ihrer Sorgepflicht nichts dagegen tun, und dem Fall, daß jemand durch Zufall erfährt, der unbekannte Herr X. soll beraubt werden! — Es ist nunmehr die Entscheidung des Falles wichtig, wenn die Anzeige vorsätzlich unterblieb, aber selbst bei erfolgter Anzeige das Verbrechen begangen worden wäre. Frank[6] vertritt im Anschluß an seinen obigen Einwand die Auffassung, daß die Tatsache des begangenen Hauptdelikts ein exklusives Erkenntnismittel sei, und daß daher auch der Versuch unter den § 139 falle. Er kommt also zu dem Ergebnis, in obigem Falle Strafe eintreten zu lassen. Diese Auffassung ist begrifflich dieselbe wie die derjenigen Schriftsteller, die in der begangenen Haupttat eine sogenannte Bdingung der Strafbarkeit, also etwas Außertatbestandliches sehen. Sie führt jedoch hinsichtlich des Versuchs dahin, daß das schwere Delikt straflos bleibt, während das leichtere mit Gefängnis geahndet wird. Folgende Gegenüberstellung zeigt dies deutlich. Hat jemand die Rechtspflicht, für die Integrität eines Gutes zu sorgen, tut er es aber nicht und tritt der Erfolg ein, so bleibt er trotzdem dann straflos, wenn der Erfolg auch ohne Verletzung dieser Sorgepflicht eingetreten wäre; es würde dann nämlich eine mit untauglichen Mitteln versuchte Beihilfe sein, deren Begriff wir nicht kennen. Hat der Täter dagegen keine Rechtspflicht, für einen andern zu sorgen, und tritt der Erfolg ein, so wäre er immer strafbar; diese Auffassung enthält einen unberechtigten Widerspruch. Wenn also

5) Leipz. Komm. § 139 9 bei Francks Auffassung ergeben sich Schwierigkeiten wegen der negativen Beihilfe.
6) § 139 VIII.

Frank darauf hinweist, es sei eine unbrauchbare Folge, daß die negative Beihilfe so niedrig bestraft würde, so müssen wir dem gegenüber feststellen, daß Franks Ansicht dazu führt, das Gesetz der Abstufung der Strafe nach dem Maße des wirklichen oder versuchten Erfolges umzukehren. — Auch die Stellung des § 139 wird zur Begründung der uns entgegengesetzten Meinung herangezogen. Haunß folgert aus der Aenderung (Stellung des § 139 aus dem Allgemeinen in den Besonderen Teil), daß die Kommission die Ansicht vertrat, „daß die Unterlassung der Anzeige mit der Verwirklichung des verbrecherischen Erfolges nichts zu tun habe und daher nicht als eine Art der Teilnahme betrachtet werden könne."[7] Diese Auffassung ist nicht zwingend; denn der § 139 gehört deshalb besser nicht in den Allgemeinen Teil, weil er nicht generell für jedes Delikt zugeschnitten ist, sondern in erster Linie seinem Wesen nach sich gegen die Verletzung der öffentlichen Ordnung, einen Spezialabschnitt des Besonderen Teils richtet. Zudem ist es nicht überzeugend, aus dem Umstand — Stellung des Delikts außerhalb der Teilnahmebestimmungen — zu folgern, daß damit die Kausalität völlig unbeachtet bleiben sollte. Denn wir haben nachgewiesen, daß der Kausalzusammenhang die Regel ist. Der Gesetzgeber vermeidet es aber, wegen der Schwierigkeit des Nachweises ihn positiv zu fordern.[8] Denn es wird schwer festzustellen sein, daß gerade diese Nichtanzeige die Verübung des Hauptvergehens gefördert hat. Liegt aber der Kausalzusammenhang in Wirklichkeit nicht vor, so ist es zu mißbilligen, daß die vom Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen aufgestellte Vermutung dann, wenn sie unrichtig wird, der Wahrheit gegenüber gelten soll. — Wenn weiterhin die Kommission den Antrag Mendes ablehnte, vor „unterläßt" „in böswilliger Absicht" einzuschieben, so darf man daraus nicht etwa folgern, wie Haunß es tut, daß der Kausalzusammenhang abgelehnt wurde, sondern nur, daß neben dem Vorsatz auch die Fahrlässigkeit als Schuldmoment ausreichen sollte. — Auf unsere Auffassung weist auch die Bestimmung schließlich hin, daß die Kenntnis von dem Verbrechen zu einer Zeit erlangt sein muß, in welcher die Verhütung des Verbrechens noch möglich war. Der Gesetzgeber

7) Haunß, S. 11.
8) Binding, H I S. 590. L 2 S. 682. Blume, S. 4.

will damit zum Ausdruck bringen: Hat jemand zu spät von einem Verbrechen erfahren, so braucht er nicht erst Anzeige zu erstatten, denn seine Nichtanzeige kann keine Wirkung mehr auf die Begebung des Verbrechens ausüben, zwischen ihr und dem Verbrechen ist kein ursächlicher Zusammenhang möglich. Wenn also für diesen Fall die Kausalität fehlt, so tritt keine Strafe ein; wenn aber die Kausalität aus einem andern Grunde ausbleibt, — warum sollte dann gerade eine Strafe gerechtfertigt erscheinen!

6. Die nachfolgende Verurteilung des Angeklagten. § 154.

Aus der geschichtlichen Entwicklung haben wir ersehen, daß die Schwierigkeit des Nachweises es ist, die den Gesetzgeber veranlaßt, positiv das Vorliegen des Kausalzusammenhangs nicht zu verlangen. Bedenkt man ferner noch, daß nach § 202 GVG. die Laienrichter verpflichtet sind, über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung Stillschweigen zu beobachten, und daß es von dieser Zeugnisverweigerungspflicht keine Befreiung gibt, so erhellt deutlich, daß eine Forderung nach positivem Kausalzusammenhang einen praktisch wertlosen Tatbestand schaffen würde. — Im § 154 Abs. 2 ist das wissentlich falsche Zeugnis oder Gutachten, das in einer Strafsache zum Nachteil eines Angeschuldigten abgegeben ist, erhöht strafbar, wenn dieser zu einer Kapitalstrafe verurteilt worden ist. Das falsche Zeugnis oder Gutachten muß also zum N a c h t e i l eines Angeschuldigten abgegeben worden sein. Da dieses Moment innerhalb des eigentlichen Tatbestandes steht, gehört zum Vorsatz des Schwörenden das Bewußtsein, daß er zum Nachteil eines Angeschuldigten aussagt.[1] Wenn nun in dem selben Verfahren der Angeschuldigte zu einer Kapitalstrafe verurteilt wurde, so liegt begrifflich der Gedanke sehr nahe, daß der Schwörende sich der Gefahr bewußt war, in die er den Angeschuldigten brachte, ja sogar, daß er die Verurteilung des Angeschuldigten wünschte. Der Gesetzgeber geht weiterhin von der Vermutung aus, daß die falsche Aussage als Ursache der Verurteilung anzusehen ist. Beweismittel im

1) Frank, § 154 VI.

Strafverfahren sind neben dem Geständnis die Urkunde und die Zeugenaussage; letztere praktisch im überwiegenden Maße. Daraus folgt, daß der Richter in seiner Urteilsfindung von den Aussagen der Zeugen mangels sonstiger Beweismittel in stärkstem Maße abhängig ist; erscheint also ein Zeuge, der zum Nachteil des Angeklagten aussagt, so wird in der Regel dessen Aussage auf den Richter von Einfluß sein; schwört dieser Zeuge falsch, so ergibt sich, daß der Angeklagte verurteilt wird, da der Richter sich von dem Vorfall nicht persönlich überzeugen kann und auf die Richtigkeit und Wahrheit der Zeugenangaben angewiesen ist.

Wir stellen also fest, daß das Gesetz von dem regelmäßigen Vorliegen des Kausalzusammenhangs überzeugt, durch die Schwierigkeit seines Nachweises gezwungen ist, zu einer Vermutung zu greifen.[2] Wenn wir weiterhin sagen, daß diese Vermutung nur eine widerlegliche sein kann, so schließen wir uns unseren Darstellungen über die §§ 87 und 139 an: Die auf Wahrscheinlichkeit aufgebaute Vermutung, kann, wenn sie unrichtig wird, nicht stärker als die Wahrheit sein; sie muß ihr weichen; der Nachweis des mangelnden Kausalzusammenhangs befreit von der erhöhten Strafe des qualifizierten Tatbestandes im § 154 Abs. 2.

7. Der stattgefundene Zweikampf. § 210.

Die Bedeutung des stattgefundenen Zweikampfs ist gleichfalls umstritten. Ausgangspunkt der Streitfrage ist die Feststellung, daß es das Gesetz vermeidet, den Kausalzusammenhang positiv zu fordern. Begrifflich ist es jedenfalls denkbar, den Erfolg, also den Zweikampf, in ursächlichen Zusammenhang mit dem Anreizen zu bringen. Das Anreizen bedeutet nämlich eine versteckte indirekte Einwirkung auf die Leidenschaft und die Sinne, somit eine psychische Beeinflussung einer andern Person.[1] In diesem Zusammenhang ist es von Bedeutung festzustellen, welches Verhältnis zwischen dem Anreizen des § 210 und dem Anstiften des

2) Frisch, S. 84.
1) Frank, § 112 III, RG. 18/240 und RG. 47/413 für das Anreizen nach dem Gesetz betr. die Wetten bei öffentlich veranstalteten Pferderennen vom 4. 7. 1905.

§ 48 besteht. Denn es herrscht in Literatur und Rechtsprechung die durchaus anzuerkennende Meinung, daß die Anstiftung nach § 48 einen Kausalzusammenhang fordert. Andererseits ist im § 210 kein ursächlicher Zusammenhang möglich. Somit ergibt sich die Vorfrage, ob die Anstiftung des § 48 der Anreizung nach § 210 unterliegt. Zu beachten ist dabei, daß die Anstiftung nach § 48 mit Festung, die Anreizung dagegen mit Gefängnis bestraft wird. — Der besondere Charakter des Duells, als eines Mittels zum Austragen von Ehrenhändeln unter gewissen satisfaktionsfähigen Kreisen[2] bringt es mit sich, daß man zum Duell geht, weil man glaubt, nur so standesgemäßer Mißachtung entgehen zu können. Unter diesem Gesichtspunkt erscheinen beide, Anstiftung und Anreizung zum Duell als ein Erzwingen eines bestimmten Verhaltens, als ein Druckmittel mit dem mehr oder minder offenen Hinweis auf die Folgen eines Sichweigerns. Es ist so Frank[3] durchaus beizustimmen, der die Anreizung zum Duelle als einen Fall der Nötigung betrachtet wissen will. Aus der gleichen Erwägung heraus muß man auch die Anstiftung zum Duell als einen Fall des § 210 ansehen.[4] — Das Wesen des Duells ist bereits kurz angedeutet worden. Es handelt sich um einen Kampf zweier Menschen nach bestimmten Regeln, der mit Rücksicht auf die allgemeine Achtung der Standesgenossen stattfinden muß. Man greift zur Waffe, um die (unter Umständen nur angeblich) verletzte Ehre wieder herzustellen, um zu zeigen, daß man die Ehre als höchstes Gut betrachte. Der Duellant wird also immer sein höchstes Ehrgefühl, das in seinem Innersten tief verwurzelt sei, als Grund zum Duell angeben. Ohne diese ausdrückliche Hervorhebung des Umstandes, daß man in seiner Würde gekränkt sei und nur deshalb zum Kampf schreite, sinkt das Duell sofort zu einer gewöhnlichen Schlägerei herab. Welche Beziehung hat die Anreizung zu diesem Ergebnis? Der Duellant kann und wird nimmermehr zugeben, daß er durch Aufhetzung, durch Erregung seiner Sinne sich zum Zweikampf gestellt habe. Er handelte — so wird er sagen — nicht etwa auf Grund der Anzettelung, sondern auf Grund der erlittenen Kränkung, unter dem Druck der gesellschaftlichen Anschauung. Eine Anreizung seiner Sinne wird

2) Liepmann, S. 9 und 27.
3) § 210 und Leipz. Komm. § 210, 1.

er so in der Regel leugnen. Hierbei ist noch darauf hinzuweisen, daß die Anreizung zum Zweikampf sich von der Anstiftung zu den sonstigen Delikten eben dadurch unterscheidet, daß der Täter z. B. nach § 211 (Mord) nicht selten bemüht ist, die Schuld von sich auf andere abzuwelzen, während der Duellant gerade das Gegenteil beabsichtigt, nämlich die Verantwortung für sein Tun allein zu übernehmen. — Das Gesetz will aber, und zwar mit Recht, denjenigen bestrafen, der einen andern zum Duell anreizt. Wäre die Sonderbestimmung des § 210 nicht, so müßte dem Täter der Kausalzusammenhang gemäß § 48 nachgewiesen werden. Dies wird aber, wie oben gezeigt ist, in der Regel nicht oder nur sehr schwer möglich sein. Das praktische Ergebnis wäre also eine Straflosigkeit des Täters. In den weitaus meisten Fällen liegt aber der Kausalzusammenhang tatsächlich vor. Nur durch die eigenartige Struktur des Duells ist es nicht möglich, ihn positiv nachzuweisen. Mandel gibt die Schwierigkeit des Nachweises der Kausalität ohne weiteres zu; er tritt aber der Ansicht v. Liszt's bei: weil das Gesetz das Vorliegen des Kausalzusammenhangs positiv nicht fordere, schneide es jede Erörterung dieser Frage ab. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Gewiß, das Gesetz will nicht den positiven Nachweis des Vorliegens der Kausalität. Nach Liszt, Mandel und anderen Schriftstellern hat dieser Umstand zur Folge, daß Bestrafung auch dann eintritt, wenn einwandsfrei feststeht, daß der Kausalzusammenhang fehlt. Nun ist folgendes zu beachten: In allen Fällen des Strafgesetzbuches ist bei der Anstiftung die Kausalität Voraussetzung. Nur bei § 210, der die Anstiftung auch umfaßt, soll dieser Begriff völlig ausgeschaltet sein! Ein weiterer Grund dafür, die Kausalitätsfrage nicht untersuchen zu müssen, liegt nach Mandel (S. 33) darin, daß schon nach der Gesetzesformulierung der § 210 die versuchte Teilnahme eingeschlossen wissen will. Mandel führt etwa aus: § 210 zeige einen Fall der verselbständigten Teilnahme. Hätte der Gesetzgeber im § 210 nur an Anstiftung und intellektuelle Beihilfe, nicht aber auch an den erfolglosen Versuch der Beihilfe gedacht, so wäre § 210 mit Rücksicht auf den Allgemeinen Teil überflüssig. — Dieser Auffassung kann man sich nicht anschließen. Denn es ist schon oben gezeigt wor-

4) Leipz. Komm. § 210 2 ebenso RG. 18/240.

den, daß der Gesetzgeber die Anreizung und die Anstiftung entgegen der Regel des § 48 mit Gefängnis und nicht mit Festung bestraft; schon aus diesem Grunde mußte also eine Spezialvorschrift im § 210 gebildet werden. Ferner will das Gesetz, wie noch später zu zeigen ist, eine widerlegliche Beweisvermutung aufstellen. — Schließlich macht Mandel (S. 34) geltend, daß das Verschulden des Anreizenden immer das Gleiche sei, also auch dann gleich groß sei, wenn das Objekt bereits zum Duell entschlossen und damit untauglich wäre. Dies ist gewiß richtig. Aber das Gesetz bestraft auch denjenigen Mörder, dessen Kugel durch einen Zufall ihr Ziel nicht erreicht, nach den Grundsätzen über den Versuch, d. h. geringer, obwohl das Verschulden bei vollendetem Mord durchaus das Gleiche ist wie bei Versuch. — Nach Widerlegung der Ansicht, daß der stattgefundene Zweikampf in keinem strafrechtlich zu beachtenden Kausalzusammenhang mit dem Anreizen stände, ist nunmehr positiv diese Frage zu entscheiden. Die Tätigkeit des Anreizens hat als Erfolg den Zweikampf, kann nur ihn als Erfolg haben, wenn überhaupt von einem strafrechtlich beachtenswerten Erfolg gesprochen werden soll. Wenn also dieser regelmäßig als wahrscheinlich zu erwartende Erfolg in das Gesetz aufgenommen ist, so läßt sich dies nur so begründen, daß der Gesetzgeber vermutet, daß der Erfolg auf das Anreizen zurückzuführen sei. Daraus weiter zu folgern, daß der Gesetzgeber den Beweis des Gegenteils nicht erörtert wissen will, ist nicht zulässig.[5] Gewiß, positiv braucht, wie schon öfters hervorgehoben ist, der Kausalzusammenhang nicht vorzuliegen und nicht nachgewiesen zu werden; aus der Verneinung des Positiven kann aber nicht zwingend das Negative, die völlige Außerachtlassung gefordert werden. Der entgegengesetzten Auffassung würde die freie Beweiswürdigung widersprechen.[6] — Olshausen versucht, einen Mittelweg einzuschlagen; er erfordert zeitlichen Zusammenhang.[7] Olshausen läßt also dann straflos, wenn zwischen der Anreizung und dem Zweikampf eine derart lange Zeitspanne liegt, daß es unmöglich ist, an einen Kausalzusammenhang zwischen dem Anreizen und dem stattgefundenen Duell zu denken. Diese Ansicht

5) Ebenso Blume, S. 40.
6) Leipz. Komm. § 210, 3.
7) Olshausen, § 210 No. 5, Schwartz, § 210, 2.

erscheint jedoch als eine Halbheit; größte Schwierigkeiten bereitet der Begriff des zeitlichen Zusammenhangs; in dem einen Falle kann der Angereizte noch nach einem großen Zwischenraum an die Anreizung zurückdenken, und die Anreizung wird ihre Wirkung erst nach unverhältnismäßig langer Zeit ausüben; in einem anderen Falle hat der Duellant nach wenigen Stunden bereits die anreizenden Worte vergessen. Ferner ist nicht recht einzusehen, warum der Täter gerade in den Fällen, bei denen eine lange Zeit zwischen dem Anreizen und dem Duell liegt und bei denen deshalb kein Kausalzusammenhang gegeben ist, günstiger gestellt sein soll als dann, wenn gleichfalls nachweisbar keine Kausalität vorliegt, etwa weil der Duellant ein omni modo facturus war.

Land fordert abstrakten, adäquaten Kausalzusammenhang. Er drückt das mit den Worten aus (S. 41): „Zwischen der deliktischen Handlung und dem bedingenden Ereignis ist als Beziehung das Bestehen adäquater Kausalität zu fordern, die in genügender Weise festgestellt ist, sobald die Eignung der Handlung auf Herbeiführung des gesetzlich geforderten Ereignisses außer Zweifel steht." Während also die Bedingungstheorie fordert, daß die Handlung des Täters lediglich eine conditio sine qua non ist (jede Handlung ist Ursache, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß dadurch der rechtswidrige Erfolg entfiele), während die adäquate Theorie verlangt, daß der konkrete Erfolg als regelrechte erfahrungsgemäße Folge der Handlung sich darstellt, fordert Land, daß die Handlung überhaupt geeignet ist, den gedachten Erfolg herbeizuführen, ohne daß der konkrete Erfolg dabei eine Rolle spielt. Land schränkt also die Bedingungstheorie insofern ein, als er nicht jede Bedingung, sondern nur die erfahrungsgemäß zum Erfolg geeignete anerkennt; andererseits erweitert er die Bedingungstheorie dahin, daß der Erfolg im konkreten Fall nicht einzutreten braucht. Seiner Erwägung liegt die Definition Sauers zu Grunde: Rechtswidrig sei ein Verhalten nur, wenn es die allgemeine Tendenz habe, dem Staat mehr zu schaden als zu nützen. Das Bedenkliche dieser Auffassung liegt in Folgendem. Wir gehen von der Feststellung aus, daß die Anreizung zum Duell, die falsche Aussage im Falle des § 154 meistenteils geeignet sind, den Erfolg herbeizuführen. Dies bestreitet auch Land nicht,

der zugibt, „daß in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ein ursächlicher Zusammenhang vorliege". (S. 36.) Wenn nun der Gesetzgeber diese Tatsache gewußt hat (vergl. hierzu die geschichtliche Entwicklung), so ist es bei Lands Auffassung nicht recht erfindlich, warum das Stattfinden des Zweikampfs, die tatsächliche Verurteilung im einzelnen Falle überhaupt erst gefordert wird. Oder ist nur beim einfachen Tatbestand des § 154 I die falsche Aussage abstrakt geeignet, in einer Strafsache z. B. wegen Körperverletzung nach § 223 (Gefängnis bis zu 3 Jahren) die Verurteilung herbeizuführen, während die abstrakte Eignung in einer Strafsache wegen Mordes (§ 154 II) erst durch die tatsächliche Verurteilung bewiesen werden muß. Es findet nicht die geringste Stütze im Gesetz, daß der tatsächliche konkrete Erfolg deshalb aufgestellt ist, um damit — rückwirkend — anzudeuten, daß die Handlung den abstrakten Erfolg herbeiführen konnte; wie häufig fallen doch abstrakter und konkreter Erfolg auseinander! A. reizt den B. zum Zweikampf mit C. dadurch, daß er ihm eine Beleidigung hinterbringt, die C. dem X. gegenüber gesagt hat. A. weiß mit Recht, daß B. auf Grund seiner Erziehung, seiner Umgebung daraufhin zum Zweikampf schreiten wird. B. will aber ausnahmsweise von dem Duell aus irgend welchen Gründen Abstand nehmen. Da erfährt B. von Y., daß C. die fragliche Aeußerung nicht nur dem X. gegenüber, sondern auch öffentlich getan hat. Daraufhin geht er zum Zweikampf. Nach Land müßte A. bestraft werden, da er 1. zum Zweikampf gereizt hat und 2. die Eignung dieser Handlung auf Herbeiführung des gesetzlich geforderten Ereignisses feststeht. — Andererseits ist A. aber nach Land dann straflos, wenn er einen Menschen zum Zweikampf reizt, der in gleichen Situationen sich niemals auf ein Duell einließ, diesmal aber — aus irgend welchen Gründen — auf die Anreizung des A. hin sich zum Zweikampf stellt. — Aus diesen nicht zu billigenden Ergebnissen müssen wir Lands Auffassung, die keine Grundlage im Gesetz findet und dem Rechtsempfinden widerspricht, ablehnen.

8. Der Eintritt des Todes oder der schweren Körperverletzung. § 227.

Auch hier taucht wie in den Fällen der §§ 87, 139, 154 und 210 die Frage auf, ob der eingetretene Tod oder die nachfolgende schwere Körperverletzung Bedingung der Strafbarkeit ist oder ob wir es mit einer widerleglichen Ursachenvermutung zu tun haben. Blume macht geltend,[1] daß im Anschluß an die geschichtliche Entwicklung auch im § 227 deutlich die widerlegbare Präsumtion zu Tage trete. Es sei im Raufhandel schwierig nachzuweisen, wer die tötliche Verletzung beigebracht habe. Die Bilder des Kampfes verschöben sich rasch, und in der Hitze des Streites ließen sich keine klaren Zeugenangaben feststellen. Der Gesetzgeber bestrafe also im § 227, weil er von derVermutung ausgehe, daß jeder Einzelne zum Erfolg beigetragen habe. Aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung folge dann weiter, daß diese Vermutung nur eine widerlegbare sein könne, der Nachweis, daß ein Teilnehmer den Erfolg nicht verursacht habe, ihn von der Strafe befreie. Dieser Auffassung können wir uns aus folgenden Gründen nicht anschließen.[2] Zunächst widerspricht Blumes Auffassung in Wirklichkeit der langjährigen geschichtlichen Entwicklung. Wenn auch die verschiedenen von uns bereits oben angeführten Gesetze überall eine widerlegbare Präsumtion enthalten, so ist doch diese eine Präsumtion für die Anwendung der Tötungsdelikte, nicht für ein selbständiges Raufhandelsvergehen. Dieses ist erst später geschaffen. Ferner ist auf die niedrige Strafe hinzuweisen. Das Gesetz verhängt Gefängnis bis zu 3 Jahren. Sollte der Gesetzgeber wirklich einen Totschläger gerade beim Raufhandel so milde bestraft wissen wollen, nachdem er doch einmal nach Blume davon ausgeht, daß jeder Teilnehmer so lange wirklich als Totschläger zu gelten hat, bis das Gegenteil bewiesen ist. Vergleichen wir doch die Strafe des § 227 mit denen der alten Gesetze! Hier werden Todes- und Zuchthausstrafen verhängt, weil der Teilnehmer als Totschläger bis zum Nachweis der Unwahrheit der Vermutung fingiert wird. Aus dieser Gegenüberstellung und dem Strafmaß ergibt sich deutlich, daß von einer Vermutung nicht die Rede

1) S. 31, Binding, H 1 S. 591; Löning, S. 93.
2) Ebenso RG. 11/237, 33/32.

sein kann. — Die Strafe tritt ferner „schon wegen der Beteiligung" ein. Der Gesetzgeber bringt hiermit klar zum Ausdruck, daß er bereits die Beteiligung am Raufhandel bestrafen will. Beachtenswert ist, daß die Wendung: „Schon wegen der deliktischen Handlung" nur im § 227 steht; die §§ 87 Abs. 2, 139, 154 und 210 enthalten sie nicht. Sicherlich könnte es aber z. B. im § 210 heißen: „Wer ... anreizt, wird schon wegen dieser Anreizung bestraft." Dieser vom Gesetzgeber aufgestellte Gegensatz muß beachtet werden; nach seiner positiven ausdrücklichen Forderung ist für die widerlegbare Vermutung im § 227 kein Raum. Vergl. hierzu RG. 32/35: „Denn die schuldhafte Beteiligung an einer Schlägerei ist im § 227 ganz unabhängig davon, wem die darin herbeigeführte schwere Körperverletzung oder Tötung zur Last fällt, zum Gegenstand einer selbständigen Strafdrohung gemacht, die sich nicht gegen die an jener Verletzung Beteiligten, sondern gegen die schuldhaft an der Schlägerei Beteiligten ‚schon wegen dieser Beteiligung' richtet". Ebenso RG. 59/109: „Der Verurteilung der Angeklagten stand nicht entgegen, daß ihre Beteiligung an dem Gesamtangriff für die Tötung I's keine unmittelbare ursächliche Bedeutung gehabt hat."

§ 227 enthält somit ein exklusives Erkenntnismittel für die Strafbarkeit der Handlung. Der Raufhandel ist weniger ein Verletzungs- als ein Gefährdungsdelikt. Das Gesetz bestraft die im Raufhandel naturgemäß liegende Gefährdung so vieler Menschenleben. Gegenüber dem § 367 Z. 10 ist § 227 das qualifizierte Delikt; die besonders gefährliche Rauferei soll getroffen werden; der Gesetzgeber wählt aber nicht den Weg, daß er von der Handlung aus den Erfolg bestraft, sondern er erklärt umgekehrt — von dem Erfolg aus betrachtet — die Handlung als strafbar. Damit wird im einzelnen Strafverfahren die sehr schwierige und unfruchtbare Erörterung vermieden, ob der Raufhandel tatsächlich ein gefährlicher war. Aus unserer Anschauung ergibt sich nunmehr folgendes: 1. Strafbar ist auch der Alleinverletzte; denn der eingetretene Erfolg ist nur Erkenntnismittel für die Schwere der vorangegangenen Gefährdungshandlung, nicht Unterlage einer Vergeltungsstrafe für die Verletzung. Ebenso RG. 32/37: „Da die vorgekommene Verletzung eine rein objektive Voraussetzung ist, so besteht kein innerer Grund, einen der Beteiligten deswegen, weil er diese Verletzung nicht zugefügt

hat, den Verletzten selbst, von der Anwendung dieses Strafgesetzes auszunehmen." 2. Gleichgültig ist, ob ein Beteiligter am Raufhandel oder ein Unparteiischer getötet bezw. verletzt wird. Ebenso RG. 11/238 und die dort zitierten Urteile mit den gleichen Grundsätzen: RG. 8/369, 9/148 und 9/370. Erforderlich ist nur, daß der Tod eine kausale Folge des Raufhandels ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn z. B. die Kugel eines Nichtbeteiligten einen Raufhändler erschießt, wohl aber, wenn der Verletzte in sein eigenes Messer stürzt oder ausgleitet; denn hier besteht ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Handlung und dem durch Furcht, Schrecken oder Eifer der Verteidigung eingetretenen Erfolg.

9. Die rechtmäßige Ausübung der Amtsgewalt. § 113.

Das Wesen des Widerstandsrechts und seiner Berechtigung ergibt sich aus dem Wesen des Staates. Aus der Größe der Verbandsperson Staat folgt, daß nur einzelne physische Personen berufen sein können, den Willen der Verbandsperson zu formen. Um zu verhindern, daß diese physische Personen, die Glieder, Organe des Staates sind, ihre persönlichen Ziele als Ziele des Staates hinstellen, sind Vorschriften nötig, die die Tätigkeit der Organe und damit des Staates selbst einschränken. Das Handeln der Organe muß also durch das Erfordernis der Rechtsmäßigkeit begrenzt werden.[1] Treffend weist auch Flesch daraufhin, daß den beschränkten Rechten des Einzelnen im Rechtsstaat nur beschränkte Pflichten des Einzelnen, also beschränkte Rechte des Staates, gegenüberstehen können; der bedingungslose Gehorsam würde jedoch ein unbeschränktes Recht des Staates sein. Hieraus ergibt sich als Folge: Handelt der Staat widerrechtlich, so kann sich der Bürger dagegen wehren. Denn Recht muß Recht bleiben, und seine Verteidigung darf nicht eingeschränkt werden. Wer in seinem Recht angegriffen wird und es schützt, handelt in Notwehr.[2] — Zudem folgt das Verteidigungsrecht unmittelbar aus § 53 StGB.; diese Bestimmung erlaubt die Notwehr gegen alle rechtswidrigen Angriffe; zu diesen gehören mangels Ausnahmebestimmungen auch

1) Binding, H 1 S. 741, Flesch, S. 51.
2) RG. 2/423, 47/280, 55/166.

die unrechtmäßigen Angriffe des Staates. Dementsprechend bestimmt der § 113, daß die Amtsgewalt sich in der rechtmäßigen Ausübung des Amtes befinden müsse. — Nunmehr haben wir zu prüfen, ob ein Irrtum des Täters über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung beachtlich ist. Die Rechtsprechung lehnt dies ab.[3] Das Obertribunal[4] begründet seine Meinung folgendermaßen: 1. Der Beamte kann nicht von der subjektiven Ansicht eines Dritten abhängig sein, weil sonst eine Schutz- und Rechtslosigkeit der Bürger eingeführt wäre. 2. Der Beamte ist nicht verpflichtet, dem Täter erst die Ueberzeugung von seiner Befugnis beizubringen. Die Begründung des Reichsgerichts stützt sich auf ähnliche Erwägungen. Es wird zugegeben, daß § 59 grundsätzlich Anwendung zu finden habe; § 113 sei jedoch eine Ausnahme. Hierfür wird zunächst die Vorgeschichte des Entwurfs (§ 111) angeführt, die wir bereits im geschichtlichen Teil erörtert haben. Wir müssen jedoch feststellen, daß die Folgerung des Reichsgerichts unberechtigt ist. Es ist — auch nach der Ansicht des Reichsgerichts — unbestritten, daß der Täter wissen muß, der Beamte befinde sich in Ausübung des Amtes; ein Irrtum hierüber ist nach § 59 beachtlich. Aus der oben geschilderten Entstehungsgeschichte ergibt sich deutlich, daß nicht der Begriff der Rechtmäßigkeit allein eingeschaltet wurde, die Ausführungen der Abgeordneten Fries und Planck sich nicht allein auf ihn beziehen konnten (es soll unterstellt werden, daß die Behauptung des Reichsgerichts richtig ist), vielmehr wurde der Begriff der rechtmäßigen Amtsausübung, also Rechtmäßigkeit u n d Amtsausübung in den §§ 113 aufgenommen. Konsequent müßte das Reichsgericht nun beide Begriffe als außertatbestandlich, somit nicht unter den § 59 fallend, ansehen. Dies tut es aber nicht, sondern bezieht die Ausführungen von Fries und Planck nur auf eins der beiden Kennzeichen; dieser begrifflichen Trennung vermögen wir nicht zu folgen. — In Bd. 2/425 macht das Reichsgericht weiterhin kriminalpolitische Erwägungen geltend: „Die staatliche Autorität erfordere es, daß einer rechtmäßigen Amtsausübung der Betreffende sich unbedingt unterwerfe. Dem Beamten und dem hinter ihm stehenden Gesetze dürfe derselbe nicht sein eigenes Urteil entgegenstellen, um aus dem-

3) Arch. f. Dtsch. u. Pr. Strafrecht Bd. 21, S. 512 ff.
4) Flesch, S. 47.

selben heraus in die vorzunehmende Amtshandlung hindernd einzugreifen. Die Pflicht des staatlichen Gehorsams lege ihm auf, die rechtmäßige Amtshandlung geschehen zu lassen." — Diese Ansicht des Reichsgerichts geht von einem unrichtigen Standpunkt aus. Denn der einzelne Bürger hat nicht nur die Pflicht, die rechtmäßige Amtshandlung zu dulden, und so die staatliche Autorität zu achten, er ist auch ebenso verpflichtet, das Leben seiner Mitmenschen zu respektieren. Oder soll etwa hierüber die staatliche Autorität nicht wachen! Wenn nun A. in Putativnotwehr einen Menschen tötet, so ist er — auch nach RG. unbestritten — straflos; wenn er aber versucht, sich der Festnahme durch einen Beamten zu entziehen, da er glaubt, der Beamte handle unrechtmäßig, so kann er für seine Handlung 2 Jahre Gefängnis bekommen. Tötet also A. einen Beamten in dem Glauben, Notwehr gegenüber seiner Amtshandlung zu üben, so wird er wegen der Tötung freigesprochen, wegen des Widerstandes aber bestraft. Kann man ein solches Ergebnis gut heißen!

In unserer Anschauung werden wir durch folgende Erwägung bestärkt. Die alte Auffassung der sogenannten Erfolgshaftung ist heute grundsätzlich als überlebt anzusehen; der Täter wird vielmehr jetzt deshalb bestraft, weil er schuldhaft handelt; fehlt ihm dieses Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, so bleibt er straflos. Deutlich führt dies Rittler aus, wenn er sagt, daß der Täter, nicht die Tat gestraft werde; „der Täter muß an der Tat auch seelisch Anteil haben, d. h. sich seines Widerspruchs mit der Rechtsordnung bewußt sein". (S. 331). Und ferner: „War der Täter der Meinung, daß der angegriffene Beamte nicht auf gesetzlichem Boden stünde, so ist er nicht der Rechtsbrecher, der die Strenge der Strafgerichtsbarkeit herausfordert" (S. 348).

10. Die Erweislichkeit der Behauptung.
§ 186.

Der 14. Abschnitt des Strafgesetzbuchs behandelt unter der Ueberschrift: „Beleidigung" eine Anzahl Delikte, die zum Angriffsobjekt die Ehre des Menschen haben. Zwischen der Beleidigung des § 185 und der Verleumdung des § 187 steht die üble Nachrede. Sie unterscheidet sich von der einfachen

Beleidigung dadurch, daß die üble Nachrede das Behaupten oder Verbreiten gewisser Tatsachen unter Strafe stellt, während die Beleidigung Kundgebung eigener Mißachtung zum Gegenstand hat. Somit enthält § 186 einen engeren Tatbestand. Ferner setzt der § 186 voraus, daß die Behauptung der Tatsachen gegenüber anderen Personen erfolgen muß, während die Beleidigung bereits mit Kenntnisnahme des Beleidigten vollendet ist. — Der Unterschied zu § 187 steht im engsten Zusammenhang mit der hier zu behandelnden Frage nach dem Wesen der Erweislichkeit der behaupteten ehrenrührigen Tatsache. Ueber diesen Unterschied läßt sich zunächst jedenfalls Folgendes feststellen. In objektiver Hinsicht stimmen die Tatbestände beider Delikte grundsätzlich überein; der wesentliche Unterschied zwischen der üblen Nachrede und der Verleumdung liegt daran, daß bei der Verleumdung die Unwahrheit der Tatsache positiv festgestellt, und da sie in den Tatbestand aufgenommen ist auch vom Angeklagten gekannt und ihm nachgewiesen werden muß.[1] Für die üble Nachrede ergibt sich dagegen aus dem Gesetz, daß diese positive Kenntnis nicht gefordert wird.

Binding sieht in der Nichterweislichkeit ein Tatbestandsmerkmal: „Wo das Strafgesetzbuch im § 186 die Schuldseite nicht ausdrücklich erwähnt, fordert es stets Vorsatz; ferner ist ihm der Zufall nicht strafbar. Zum Vorsatz des § 186 gehört das Bewußtsein von der Beweisbarkeit der ehrenrührigen Tatsachen; und das Mißlingen des Wahrheitsbeweises beweist noch gar nichts für jene den Täter nach § 186 unerläßliche Wissenschaft.[2] Der Vorsatz besteht demnach in dem Wissen und Wollen der ehrenrührigen Behauptung als einer wegen ihrer Unbeweisbarkeit rechtswidrigen."[3] — Die Fassung des Textes behandelt jedoch die Nichterweislichkeit losgelöst vom Tatbestand; es heißt nicht: „Wer eine nicht erweislich wahre Tatsache behauptet usw.", sondern: „wer eine Tatsache behauptet ..., wird bestraft, wenn nicht diese Tatsache erweislich war." Bereits aus dem gesetzlichen Wortlaut müssen wir Bindings Ansicht ablehnen. Zudem stößt die Forderung Bindings, daß der Täter nur bestraft werden soll, wenn ihm nachgewiesen wird, er habe die Nichterweis-

1) Frank, § 187 I.
2) Binding, N II S. 611.
3) Binding, L S. 158.

lichkeit gekannt, auf praktische Unzulänglichkeit. In der Regel wird der Fall doch so liegen, daß der Täter eine ehrenrührige Tatsache behauptet, ohne sich um den Beweis seiner Worte zu kümmern. Bei dieser Sachlage müßte also Straflosigkeit eintreten, und die Strafvorschrift des § 186 würde illusorisch werden.

Im Anschluß an Binding steht die Ansicht Eßlingers; dieser führt etwa folgendes aus:[4] „Der § 185 fordert Rechtswidrigkeit; dies ergibt sich aus dem § 193, der die Gründe aufstellt, die die Rechtswidrigkeit der Beleidigung ausschließen. § 186 ist ein qualifizierter Fall des § 185 und fordert daher gleichfalls das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Daraus ist zu folgern: Wer von der Beweiserbringung überzeugt ist, hat niemals das Bewußtsein, er tue etwas Rechtswidriges; demnach liegt ein Irrtum über einen Tatumstand vor."

Eßlinger kommt also zu demselben Ergebnis wie Binding; dessen Ansicht haben wir ablehnen müssen. — Wenn nun Eßlinger fordert, der Beschuldigte müsse konkrete Beziehungen angeben, so stellt er sich damit in Widerspruch zu seinen eignen Ausführungen; denn handelt es sich bei der Nichterweislichkeit um ein Tatbestandsmerkmal, so hat nicht der Beklagte den Beweis zu führen, daß dieses Merkmal fehlt, sondern der Staat als Ankläger ist hierfür beweispflichtig.

Beling[5] versucht eine Lösung, indem er das Prozeßrecht heranzieht. Das materielle Recht kenne nur wahre und unwahre Tatsachen. Die Erweislichkeit sei ein Begriff des Prozeßrechts. Daraus ergebe sich für den § 186 in materieller Hinsicht folgendes: „Wer in Beziehung auf einen andern eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, um diesen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird bestraft.

In formeller Hinsicht dagegen vermute das Gesetz, daß die behauptete oder verbreitete Tatsache desjenigen, der der üblen Nachrede bezichtet werde, unwahr sei, es sei denn, daß ihre Wahrheit bewiesen werde. ...

Wie in objektiver Hinsicht, so liege auch in subjektiver eine Präsumtion vor; Ausgangspunkt der gesetzlichen Bestimmung sei die Unwahrheit der behaupteten Tatsachen, was

4) S. 46.
5) S. 7 ff.

aber nur präsumiert, nicht positiv festgestellt werde. Also ließe es sich nicht sagen ‚A, habe die Unwahrheit, die objektiv positiv garnicht feststehe, positiv gekannt. Es müsse also Freisprechung erfolgen, „wenn der dolus-Mangel im Punkte des Wissens um die Richtigkeit der Tatsache bewiesen werde." Bestrafung könne nur erfolgen, wenn unklar blieb, ob der Täter in dolo war.

Baltin wendet hiergegen ein, daß die Beling'sche Präsumtion die Nichterweislichkeit zum Tatbestandsmerkmal mache, ter habe objektiv sich darüber auszulassen, ob er die Tatbestand immer dort schließe, wo die Strafbestimmung beginne; die Worte: „Wenn nicht die Tatsache erweislich wahr ist", stehen jedoch nach der Strafbestimmung.

Wir haben oben bei den §§ 87, 139, 154 und 210 gezeigt, daß gerade in diesen Fällen die Präsumtion losgelöst vom Tatbestand erscheint. Insoweit ist Baltins Einwand unberechtigt.

Aus einer andern theoretischen Erwägung müssen wir jedoch Belings Standpunkt ablehnen. Beling faßt die Nichterweislichkeit rein objektiv auf; er geht davon aus, daß materiellrechtlich die behauptete Tatsache unwahr sei; der Richter habe objektiv sich darüber ausgelassen, ob er die Tatsache auf Grund des erbrachten Beweismaterials für wahr halte, ob es also für ihn erwiesen sei, daß die gesetzliche Vermutung im einzelnen Falle nicht zutreffe. Bei dieser Auslegung ist dies nicht recht einzusehen, warum das Gesetz die Erweislichkeit überhaupt erwähnt. Denn der Richter hat doch nur immer das als vorhanden auszusprechen, was er für erwiesen erachtet. Würde das Wort „erweislich" fehlen, so ergäbe sich nach Belings Auffassung folgendes Bild: Die ehrenrührige Tatsache wird als unwahr vermutet; der Richter hat zu prüfen, ob diese Vermutung auch im gegebenen Falle zutrifft, ob also nach seiner Auffassung die Wahrheit als erwiesen erachtet ist. Mit andern Worten, der Begriff der Erweislichkeit wäre nach Belings Auffassung — da selbstverständlich — ein überflüssiger Zusatz.

Weiterhin ist bei Beling die eigenartige Form der Präsumtion bedenklich: Es spreche — so Beling — eine Vermutung dafür, daß die ehrenrührge Tatsache unwahr sei. Wir fragen uns sofort danach, welche Erfahrung das Gesetz die-

6) Frank, § 186 III.

ser Bestimmung zu Grunde gelegt haben könnte. Die Wahrscheinlichkeit geht jedoch im Gegensatz zu Beling dahin, daß an der behaupteten ehrenrührigen Tatsache in der Regel etwas Wahres ist. Noch bedenklicher wird aber Belings Gedanke, wenn man die subjektive Seite seiner Vermutung betrachtet. Hier wird unterstellt, daß eine Vermutung dafür spreche, daß jeder Verbreiter rufgefährdender Tatsachen bewußt die Unwahrheit sage. Auch das wird regelmäßig nicht zutreffen, denn der häufigste Fall des § 186 ist der, daß jemand im Vertrauen auf seinen Gewährsmann oder fahrlässig auf ein Gerücht hin ehrenrührige Tatsachen aufstellt.

Die herrschende Meinung sieht in der Nichterweislichkeit eine sogenannte Bedingung der Strafbarkeit. Der gesetzgeberische Gedanke sei dabei der, daß die Behauptung oder Verbreitung wahrer Tatsachen nicht üble Nachrede sei. Eigentlich sei demnach die Unwahrheit Tatbestandsmerkmal und zur Verurteilung gehöre das Bewußtsein der Unwahrheit. Im Interesse der verletzten Person habe jedoch der Gesetzgeber eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 59 aufgestellt.[6] Die Nichtbeweislichkeit sei demnach Bedingung der Strafbarkeit, d. h. sie liege außerhalb des Tatbestandes und brauche daher nicht von der Schuld umfaßt zu sein. Ebenso RG. 8/171, 25/355, 359, 29/44, 19/387: „Nach dem inneren Verhältnis von den §§ 186 und 187 wird daran festzuhalten sein, daß das Gesetz im § 186 von der Vermutung der Ehrenhaftigkeit des Beleidigten und der Rechtswidrigkeit jedes den guten Namen des andern verletztenden Angriffs ausgeht, deshalb die Nachrede ehrenrühriger Dinge an sich als Form der Beleidigung verbietet und ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Beleidigers die objektive Unwahrheit der behaupteten Tatsachen so lange unterstellt, als nicht der Beweis der Wahrheit erbracht ist." — Das Bedenkliche dieser Ansicht liegt darin, daß die Strafbarkeit der Handlung dem Zufall anheim gestellt ist. Stirbt der Zeuge unvermutet, oder geht die Urkunde verloren, die den Wahrheitsbeweis zu bringen imstande ist, so tritt Strafe ein. Der Täter wird nicht nach dem Maß seines Verschuldens bestraft, sondern dem blind waltenden Zufall sind Tor und Tür geöffnet. Einen solchen Gedanken wollen wir dem Gesetz nicht unterstellen. — Der Leipziger Kommentar sieht mit Recht in der Erweislichkeit einen S t r a f-

ausschließungsgrund (§ 186, 7). Hierfür spricht schon der Wortlaut des Gesetzestextes, der lautet: Der Verbreiter ... wird bestraft, „wenn nicht" diese Tatsache erweislich ist. Dagegen sind diejenigen, die eine Bedingung der Strafbarkeit annehmen, gezwungen, das Wort „nicht" zu „erweislich" zu setzen, also folgendermaßen zu formulieren: Wenn diese Tatsache nicht erweislich wahr ist, wird der Verbreiter ... bestraft. Zu den grundsätzlichen Bedenken gegen eine derartige Umstellung, kommt noch die Erwägung der ratio des Gesetzes. Vergleicht man nämlich die beiden Möglichkeiten, so ergeben sich folgende Gesichtspunkte: 1. Das Verbreiten ehrenrühriger Tatsachen ist unter der Voraussetzung ihrer Erweislichkeit gestattet. 2. Das Verbreiten ehrenrühriger Tatsachen ist grundsätzlich verboten, es sei denn, daß sie wahr sind. — Der gesetzgeberische Gesichtspunkt des Falles zu 2. ist jedenfalls dem des zu 1. vorzuziehen. Denn der Fall 1 würde das Recht auf Wahrheit über alles stellen, wobei zu beachten ist, daß der Verbreiter ehrenrühriger Tatsachen dies in den seltensten Fällen aus reiner Wahrheitsliebe tut. Daher ist richtiger die Anschauung des Falles zu 2: Er bestraft grundsätzlich das Aufstellen gewisser Behauptungen, die der Ehre des Nächsten zu nahe treten und läßt nur dann ausnahmsweise keine Verurteilung folgen, wenn die Wahrheit nachgewiesen wird. — Der Leipziger Kommentar unterläßt es jedoch, seine richtige Anschauung auch auf das subjektive Gebiet des § 186 zu übertragen. Denn würde man die Erweislichkeit nur objektiv als Strafausschließungsgrund ansehen, so käme man zu derselben Ansicht wie diejenigen, die eine Bedingung der Strafbarkeit annehmen. Im einzelnen Falle wäre also in erheblichem Maße dem Zufall der Platz eingeräumt. Diese unerwünschte Folge läßt sich nur dadurch vermeiden und muß im Sinne unseres Gesetzes dadurch vermieden werden, daß der gute Glaube an die Erweislichkeit als Schuldausschließungsgrund anzusehen ist. Auf diese Lösung weisen auch die Ansicht Belings und unsere darangeknüpften Ausführungen hin; denn wir haben festgestellt, daß die Erweislichkeit nicht objektiv gewertet werden kann, wie Beling es vorschlägt; die richtige zweckentsprechende Würdigung dieses Begriffes ergibt sich erst, wenn man das subjektive Moment mitsprechen läßt, d. h. einen Schuldaus-

schließungsgrund in dem Glauben an die Erweislichkeit erblickt. — Vielfach wird auch auf die Motive hingewiesen, die den guten Namen in jedem Falle gegen loses Gerede geschützt wissen und daher den guten Glauben an die Erweislichkeit der Tatsache nicht anerkennen wollen. Gewiß ist dieser Gedanke richtig. Ziehen wir jedoch eine Parallele zu andern Bestimmungen des Strafgesetzbuchs! So wird in den §§ 211, 212 ff. das Leben des Mitmenschen geschützt und die vorsätzliche sowie fahrlässige Verletzung seines Bestandes unter Strafe gestellt. Nirgends ist aber derjenige strafbar, der z. B. bei einer Jagd im guten Glauben, sein Ziel sei ein Tier, während es in Wirklichkeit ein Mensch ist, diesen Menschen erschießt. Nicht der Erfolg, sondern die Schuld wird bestraft. Wenn aber jemand im guten Glauben, die verbreitete, an sich unwahre Tatsache sei wahr, im guten Glauben also, die von ihm angegriffene Ehre sei in Wirklichkeit eine angreifbare, diese Ehre verletzt, soll er dann wirklich strafwürdig sein! Ist denn die Ehre, so hoch wir sie schätzen mögen, nach unserm Strafrecht mehr zu schützen als Leib und Leben, nicht nur gegen Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern auch gegen jede schuldlose Verletzung!

11. Die Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung. §§ 239, 240 Konkursordnung.

Ein besonderes Kennzeichen dieser Delikte liegt darin, daß sie nicht wie die bisher besprochenen zwei Kennzeichen (Handlung und Erfolg), sondern deren drei haben, deren innerer Zusammenhang Gegenstand des Streites ist: 1. Die sogenannten Bankrotthandlungen, 2. die Gläubigerbenachteiligung, 3. die Zahlungseinstellung bzw. Konkurseröffnung.

Begrifflich ist es zunächst denkbar, die Bankrotthandlungen und die Zahlungseinstellung in ursächlichen Zusammenhang zu bringen. Es ist naheliegend zu sagen, daß der Schuldner, der z. B. seine Handelsbücher nicht ordentlich führt oder durch Spiel und Wette übermäßige Summen verbraucht, dadurch seine Zahlungsunfähigkeit und damit die Zahlungseinstellung herbeiführt. In diesem Sinne sagt Neumayer zu § 240 (früher § 210): „Ein Schuldner, der übermäßigen Aufwand getrieben und seine Zahlungen eingestellt

hat, wird wegen Verursachung seiner Zahlungsunfähigkeit bestraft." (S. 131) Der Gesetzgeber vermute, so heißt es weiter, daß die Bankrotthandlungen und die Zahlungseinstellung des Schuldners in ursächlichem Zusammenhang stünden; diese Vermutung sei, sofern ihre generelle Tauglichkeit feststehe, unwiderleglich. Neumayer kommt zu diesem Ergebnis durch die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der einzelnen Gesetze, die insgesamt von einem ursächlichen Zusammenhang sprechen. — In der sonstigen Literatur wird diese Ansicht nicht mehr vertreten; ihre Ablehnung folgt vor allem aus § 239. Man wird mit Recht davon ausgehen, daß die Zahlungseinstellung sowohl beim einfachen wie beim betrügerischen Bankrott die gleiche Bedeutung hat, zumal kein sachlicher Grund besteht, hier Unterschiede zu bilden. Betrachtet man nunmehr die Bankrotthandlungen des § 239, so fällt sofort auf, daß gewisse Handlungen, z. B. die Verheimlichung der Vermögensstücke, immer erst dann in der Regel vorgenommen werden, wenn die Zahlungseinstellung droht, oder gar, wenn sie schon eingetreten ist. Die Ansicht Neumayers würde dazu führen, diesen besonders ausgezeichneten Fall der Bankrotthandlungen nicht unter den § 239 zu bringen.

Zudem muß beachtet werden, daß die Konkurseröffnung nicht als strafbarer Erfolg angesehen werden kann, zumal sie einerseits vom Gesetzgeber im Interesse der Gläubiger selbst herbeigewünscht ist, und andererseits die deliktische Handlung nicht als Abschluß krönt, sondern vielmehr die Gläubiger besser stellt, da sie eine gerechte Vermögensverteilung so gewährleistet.[1]

Völlig entgegengesetzt ist die als herrschend zu bezeichnende Meinung,[2] die in der Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung sogenannte Bedingungen der Strafbarkeit sieht. Die Anhänger dieser Auffassung gehen davon aus, daß die Zahlungseinstellung nicht als deliktischer Erfolg in Betracht kommt und verlegen daher das Schwergewicht auf die Bankrotthandlungen selbst. Sie behaupten also, daß der Gesetzgeber die einzelnen Bankrotthandlungen verbietet und unter Strafe stellt.

---

1) Helfritz, S. 23.
2) v. Liszt, § 187; Olshausen, § 239, 5, RG. 45/88 (96).

Dagegen weist Frank mit Recht darauf hin, daß z. B. der übermäßige Geldverbrauch im Spiel kaum an sich als verboten anzusehen ist, genau so wenig, wie man § 134 BGB. anwenden dürfte, wenn jemand Ware auf Kredit entnimmt und unter dem Wert veräußert.

Ferner haben wir festgestellt, daß die Bedingung der Strafbarkeit (auch nach Liszt und den andern Vertretern der Meinung, daß die Zahlungseinstellung Bedingung der Strafbarkeit sei) im Augenblick der Tat vorliegen muß, während sie hier häufig der Bankrotthandlung nachfolgt. So vor allem in den Fällen des § 240.

Eine Anzahl Schriftsteller versucht Zwischenlösungen vorzunehmen. Nach Jaeger wird der Schuldner nach § 240 bestraft, der es schuldhafterweise zur Zahlungseinstellung kommen läßt, Dieses Verschulden wird als gegeben erachtet, wenn dem Schuldner die Bankrotthandlungen zur Last fallen; diese sind Indizien der Schuld. Jaeger geht also davon aus, daß der Schuldner, der Bankrotthandlungen vornimmt, schuld an der Zahlungsunfähigkeit ist; die Zahlungsunfähigkeit zeigt sich in der Zahlungseinstellung. Insoweit steht Jaeger der Ansicht Neumayers sehr nahe, da beide die Bankrotthandlung vor die Zahlungseinstellung setzen. Daß aber die Zahlungseinstellung selbst nicht der strafbare Erfolg ist, haben wir bereits nachgewiesen. Zudem geht aus den stenographischen Berichten des Reichstags (1870 S. 80) über die Motive zum Strafgesetzbuch mit aller Deutlichkeit hervor, daß Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung nur „Voraussetzungen, nicht Folgen für die Strafbarkeit der Handlung" sind.

Binding[3] spricht davon, daß die Zahlungseinstellung zur näheren Charakterisierung des Täters diene, somit eine bestimmte Eigenschaft, eine rein objektiv gedachte Voraussetzung sei. Mit dieser Formulierung steht Binding auf dem Boden der Anhänger, die von einer Bedingung der Strafbarkeit sprechen; trotz der äußerlich abweichenden Formulierung ergibt sich inhaltlich kein Gegensatz.

Der Leipziger Kommentar verweist auf die Aehnlichkeit mit den gemeingefährlichen Delikten, etwa mit den §§ 309, 312—316, 326. „In ähnlicher Weise," so heißt es „ist bei den Konkursdelikten die Strafbarkeit an den Eintritt des schä-

3) Das bedingte Verbrechen in den strafr. Abhandlungen, Bd. 1, S. 97 ff.

digenden Ereignisses der Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung geknüpft."

Hiergegen ist zunächst darauf zu achten, daß die Zahlungseinstellung als solche kein schädigendes Ereignis darstellt, sondern vielmehr dadurch, daß der Staat jetzt eingreift, eine Sicherheit dafür gibt, daß die Gläubiger gleichmäßig befriedigt werden. Die Gläubiger werden also, was Helferich, S. 23, mit Recht ausdrücklich betont, durch die Konkurseröffnung besser gestellt. Wenn ferner § 315 BGB die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zwingt, im Falle der Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, so kann man kaum dieses vom Staat unter gewissen Umständen geforderte und mit Strafe im Falle des Ausbleibens bedrohte Ereignis als „schädigend" bezeichnen.

Kleinfeller[4] und Neumayer[5] führen etwa folgendes aus: „Als der einheitliche Tatbestand des betrügerischen Bankrotts erscheint die Verringerung des bei einer Zahlungseinstellung oder in einem Konkursverfahren für die Befriedigung der Gläubiger zu Gebote stehenden schuldnerischen Vermögens. Der Schuldner muß von der zu erwartenden oder schon erfolgten Zahlungseinstellung bei Vornahme der Bankrotthandlung Kenntnis haben.[6] Es handelt sich hier um ein von der Verschuldung umfaßtes Tatbestandsmerkmal, das außerhalb der Täterhandlung liegt."

Dieser Anschauung steht folgendes Bedenken entgegen. §§ 239 und 240 sprechen beide in gleicher Weise von der Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung. Nachdem wir festgestellt haben, daß die zunächst auftauchende Vermutung, § 240 gehe von einem Kausalzusammenhang zwischen Bankrotthandlung und Zahlungseinstellung aus, unrichtig ist, haben wir keine Veranlassung mehr, die Zahlungseinstellung bei den §§ 239 und 240 verschieden zu bewerten. Zudem geht aus den Motiven nicht der geringste Unterschied in dieser Hinsicht hervor. Wenn wir aber die §§ 239 und 240 hinsichtlich der Zahlungseinstellung gleichstellen, so ist nach der Ansicht Kleinfellers nicht recht der wesentliche Unterschied zwischen ihnen einzusehen, wenn

4) § 239 Anm. 7.
5) S. 166.
6) Neumayer, S. 171.

bei § 239 der Täter in der Absicht den Gläubiger zu schädigen, handeln muß und bei § 240 gefordert wird, daß der Täter das Bewußtsein der baldigen Zahlungseinstellung, also auch der Benachteiligung seiner Gläubiger hat. Die Verschiedenheit in der Höher der festgesetzten Strafen (§ 239 Zuchthaus, § 240 Gefängnis) würde dann unverständlich sein.[7] — Das Reichsgericht hat in zahlreichen Entscheidungen sich dahin geäußert, daß ein Kausalzusammenhang zwischen der Bankrotthandlung und der Zahlungseinstellung nicht erforderlich sei (vergl. RG. 5/416, 27/316). Daraus darf man aber nicht den Schluß ziehen, daß auch jeder äußere Zusammenhang zwischen Bankrotthandlung und Zahlungseinstellung fehlen kann. Das Reichsgericht fordert vielmehr in ständiger Rechtsprechung eine gewisse tatsächliche Beziehung. (RG. 55/30). „Es müsse eine objektive Beziehung der Bankrotthandlung zur Zahlungseinstellung bestehen, um die Strafbarkeit der Handlung zu begründen" (RG. 27/316, 22/436). Diese objektive Beziehung braucht keine zeitliche zu sein. Die Bankrotthandlung kann der Zahlungseinstellung vorangehen oder nachfolgen (Recht 1913/2362), Rspr. 8/451, RG. 14/222). Wohl aber verlangen RG. 55/30 und Rspr. 4/48 (50) eine sachliche Beziehung in dem Sinne, daß die Bankrotthandlung eines Kaufmanns dasselbe Handelsgewerbe bezw. dieselbe Konkurmasse betrifft. Ebenso wird eine persönliche Beziehung in dem Sinne gefordert, daß dieselben Gläubiger, die durch die Bankrotthandlung benachteiligt werden, auch durch die Zahlungseinstellung geschädigt werden müssen. In deutlicher Weise spricht RG. 16/188 aus, daß das Wesen des Bankrotts die Beeinträchtigung der Forderungsrechte der Gläubiger sei, und rechnet die Zahlungseinstellung als „Element der Handlung" zum Tatbestand. Wir vermissen aber ein näheres, von dem konkreten Fall losgelöstes Eingehen auf die Beziehungen zwischen der Bankrotthandlung und der Gläubigerbenachteiligung. -- Zusammenfassend läßt sich als Ansicht des Reichsgerichts — vor allem unter Berücksichtigung der Entscheidung Bd. 45/88 — feststellen, daß die Zahlungseinstellung und die Konkurseröffnung zum objektiven Tatbestand gehören. Gegen diese Auffassung ist jedoch mit Frank folgende Erwägung einzuwenden: Da sich die Schuld — auch nach dem Reichsgericht — nicht auf die

7) Helferich, S. 26.

Zahlungseinstellung zu erstrecken braucht, muß man gemäß § 59 die Zahlungseinstellung auch aus dem äußeren Tatbestand ausscheiden.

Den richtigen Weg schlägt Frank ein. Wir wissen, daß das Gesetz in der Regel an den Eintritt eines von ihm nicht gewünschten Erfolges die Strafe knüpft. So müssen wir daher auch hier fragen: Welches ist der strafrechtlich beachtenswerte Erfolg? Die Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung kommen nicht in Betracht, wie wir bereits gesehen haben. Daß die Bankrotthandlung nicht als deliktische Tat angesehen werden kann, ist gleichfalls erwiesen. So kommen wir zu dem Ergebnis, daß der Gesetzgeber die Gefährdung und Benachteiligung der Gläubiger durch die Bankrotthandlung verbietet. Gläubigerbenachteiligung oder -gefährdung sind als die strafrechtlich beachtenswerten Erfolge der Bankrotthandlungen anzusehen. Dieses wird um so anschaulicher, wenn man den parallelen Fall des § 288 heranzieht, der denjenigen bestraft, der bei drohender Zwangsvollstreckung Bestandteile seines Vermögens veräußert, um die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln,

Aus diesem Gesichtspunkt erscheinen Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung als Symptome dafür, daß die Bankrotthandlung die Gläubiger benachteiligt. Verbraucht z. B. der Schuldner übermäßige Summen im Spiel (§ 240), so wird er damit die Gläubiger nur dann gefährden, wenn er die Zahlungen einstellt. Denn braucht der Schuldner die Zahlungen nicht einzustellen, so ist damit auch erwiesen, daß er seine Gläubiger nicht gefährdet hat. Verheimlicht der Schuldner Vermögensstücke oder schafft er sie beiseite (§ 239), so ist das so lange belanglos, als er zahlungsfähig dasteht; denn dann hat kein Gläubiger ein Interesse daran, sich um diese Handlungen zu kümmern. Will aber der Schuldner die Zahlungen einstellen oder hat er dies sogar schon getan, so wird im selben Augenblick die zunächst belanglose Tat der Verheimlichung der Vermögensstücke von höchster Wichtigkeit; denn jetzt zeigt sich, daß die Bankrotthandlung die Gläubiger gefährdet. So kommen wir also dazu, in der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung Symptome für die Benachteiligung oder Gefährdung der Gläubiger zu sehen. Aus diesem Grunde ist es daher völlig gleichgültig,

ob die Bankrotthandlung vor oder nach der Zahlungseinstellung liegt.

Streit herrscht allerdings darüber, ob die Vermutung des in der Regel vorliegenden Kausalverhältnisse zwischen Bankerotthandlung und Gläubigerbenachteiligung widerleglich ist oder ob sie den Gegenbeweis ausschließt. Wenn wir hier gegen Frank mit Helferich, S. 37, Stellung nehmen, so stehen, wir auf dem Boden der Ansicht, die wir in den Fällen der §§ 87, 139, 154 und 210 verteidigt haben. Das Gesetz vermutet. Derjenige, der eine Tatsache vermutet, will diese Tatsache als wahrscheinlich nur so lange annehmen, als er ihr Vorliegen positiv nicht kennt. Dies folgt aus dem Begriff der Vermutung. Fällt die Grundlage der Vermutung, die Unkenntnis der Wahrheit aus, ist das Gegenteil einwandfrei nachgewiesen, so kann von einer Vermutung mit Rücksicht auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht mehr gesprochen werden. Der angeklagte Schuldner ist also dann freizusprechen, wenn die Bankrotthandlung keine Gläubigerbenachteiligung zur Folge hat.

Lebenslauf.

Der Verfasser ist am 11. August 1908 als Sohn des Großkaufmanns und Direktors Emil Mahrer und seiner Ehefrau Ella geb. Morgenstern in Breslau geboren. Er besuchte dort das Elisabeth-Gymnasium und bestand Ostern 1926 das Abitur unter Befreiung von der mündlichen Prüfung. Von 1926 bis 1929 hörte er die Vorlesungen der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrichs-Wilhelm-Universität zu Breslau. Am 27. Januar 30 legte er die Staats- (Referendar) Prüfung vor dem Oberlandesgericht Breslau ab, und drei Wochen später die mündliche Doktor-Prüfung an der Universität zu Breslau. Gegenwärtig ist der Verfasser am Landgericht Breslau tätig.